I.N.J. DISSERTATIONES LEGALES ACADEMICAE, DE SELECTIORIBUS QUIBUSDAM JURISMATERIIS, A...

Ahasver Fritsch

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
10 B
15

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

1077

Digitized by Google

I. N. J.

DISSERTATIONES LEGALES ACADEMICÆ.

Digitized by Google

Digitized by Google

I. N. J.

DISSERTATIONES LEGALES ACADEMICÆ,

DE

SELECTIORIBUS

QUIBUSDAM

JURIS MATERIIS,

A VIRIS CONSULTISSIMIS,

Pro obtinendo LOCO aut GRADU Doctorali, publico Examini antidhac ſubjectæ, nunc verò

Ob ſolidiorem earum doctrinam,

In gratiam cupidæ Legum juventutis

EDITÆ

Curâ

AHASVERI FRITSCHI, J.U.D.

C.P.C. Conſil. Schwarzb.

JENÆ,

Impenſis MATTHÆI BIRCKNERI.

Typis CASPARI FREYSCHMIDII, Typogr. Rudelſt.

ANNO M DC LXXI.

Digitized by Google

13 - [illegible] - [illegible] - 1[illegible]

4to.

Digitized by Google

PRÆFATIO
AD LECTOREM BENIVOLUM.

ROgavit me Bibliopola, ut ipſi ex Bibliothecâ meâ *quorundam celebrium Virorum Diſputationes Inaugurales* communicarem, quas ſumptu ſuo typis publicis exſcribi curaret. Cùm igitur deſiderium hoc non adeò improbandum cenſuerim, cumprimis, quòd *Studioſæ juventutis*

utilitatem concerneret, lubens eas communicavi, quæ hoc Volumine comprehenduntur. Si in iis Benivolus Lector reperiet, ut non dubito, quod eſt ad palatum, gratia non mihi, editionem harum Diſſertationum curanti, ſed earum Auctoribus debebitur. O V.

Rudelſt. XXVII. Mart. Anno ciↄ iↄc LXXI.

INDEX

INDEX
DISSERTATIONUM ACADEMICARUM, QUÆ IN HOC VOLUMINE COMPREHENDUNTUR.

DISSERTATIO I.

De Confuſione Obligationum,
D. GOTTFRIED FIBIG.

II.

De Obligatione Inſtitorum ſive Factorum; an & quatenus illi ex contractibus, nomine Dominorum celebratis, in ſuâ perſonâ & bonis propriis teneantur.
D. JOHANN-CHRISTOPHORI MARCI.

III.

De acceſſionum quibusdam maximè controverſis ſpeciebus.
D. JOHANNIS STRAUCHI.

IV.

De Codicillis.
D. OTTONIS PHILIPPI ZEPPER.

V.

De Libello,
D. CHRISTIANI NICOLAI.

VI.

De Litigioſis.
D. JOANNIS THOMÆ.

VII, De

Digitized by Google

VII.
De Fictionibus.
D. ANDREÆ ASSIG.
VIII.
De Legitima.
D. JOANNIS RECCII.
IX.
De Novi operis nunciatione.
D. JOANN-CHRISTOPHORI WEXII.
X.
De Conditionibus.
D. CASPARI ZIEGLERI.
XI.
De Votis.
D. WILHELMI LEISERI.
XII.
POSITIONUM SINGULARIUM.
CENTURIA.
D. OSWALDI HILLIGERI.
XIII.
De rerum uſucapionibus.
D. HENRICI GEBHARDI.
XIV.
De ineunda rei debitæ æſtimatione.
D. THEODORI Dieterichs.

Digitized by Google

I. N. J.

DISSERTATIO LEGALIS PRIMA, DE CONFUSIONE OBLIGATIONUM,

Autore

D. GOTTFRID FIBIG.

Pro Loco habita Jehnæ.

Anno 1640.

Gratiâ Favente Divinâ!

POSITIO I.

VT ſubtilem *confuſionis obligationum*, confuſim ac permixtè hactenus tractatam materiem, eà qvà par eſt, methodo elaboremus & expoliamus, *ſolemne noſtrum* obſervaturi, conſiderabimus eam, ut *conſtitutam vel acquiſitam*. *Priori modo* iterum, tum *in genere*, tùm *in ſpecie*. *In genere* quâ *definitionem*, tàm *Nominalem*, qvam *Realem*: *In ſpecie*, qvoad *cauſam efficientem*, *ſubiectum*, *& obiectum*. *Poſteriori modo* & ratione *effectus*, & ratione *diſſolutionis*, ſ. qvomodo extingvatur & impediatur.

2. *Definitionis Nominalis* tractatio prænotialis eſt, & abſolvitur enodatione *etymylogiæ*, *æqvivocationis & ſynonymiæ*.

3. Perſpectione *Etymologicâ* neglectui *hic* habita, *confuſionis*

voca-

Digitized by Google

vocabulum ab *æqvivocatione* ſuâ liberabimus. Obſervandum ergò duplicem eſſe *ejuſdem vocis* acceptionem; *vulgarem & juridicam.*

4 In *vulgari ſignificatu* (liceat hîc enim nobis extra oleas vagari) *perturbationem* denotat, qvæ in *vernacula lingva*, eine Verwirrung / und Unordnung dicitur.

5. *In Jure noſtro quadrupliciter* vox *confuſionis* accipitur. 1. LATE *pro quâcunq; commixtione l. Marcellus 3. §: Pomponius ſcribit 2. l. quo quidem caſu 4. D. de R. V. §. ſi duorum materia. 27. J. de R. D.* Et ſingulariter hîc advertendum venit, qvod in *l. ſi plura mancipia 36. D. de ædil. edict. pretium confuſe*, hoc eſt non *ſingillatim vel ſingulatim, ſeorſim, ſeparatim, καθ᾽ ἕκαστον ſed univerſe, generatim, καθ᾽ ὅλου, ὅλως*, in gemein / conſtitutum eſſe dicitur. Nonnunqvam *confuſio latè* accepta pro *compenſatione* ſumitur *l. ſi non ſortem 26. §. Si centum debens 4. D. de condict. indeb. l. fructus eos eſſe. 7. §. Papinianus 1. D. ſolut. matr.* qvod primus, niſi fallor, annotavit ſolertiſſimus Hilliger *Don. enuc. lib. 14. c. 71. in not lit. D. p. 1166*, qvem idcirco videbis. 2. STRICTE Prædicatur *ea vox de commixtione Jurium*, qvæ in *unam perſonam* incidunt, & ita quidem, *ut unum jus alterum* tollat v. g. de *actionibus electivè concurrentibus*, qvarum *alterâ altera* tollitur, *altera alteram* perimit, textus eſt in *l. qui ſervum 34. §. ult. de Obl. & Act. ibi: & pœna quidem furti non confunditur: illa autem inter ſe miſcentur.* 3. STRICTIUS uſurpatur *confuſionis* vocula pro *diverſarum perſonarum & jurium iiſdem perſonis ſeparatim anteà competentium, commixtione quocunq; modo facta: Sic ſervitutes etiam ſine aditione* confundi dicuntur, qvando vel tùm *prædii dominantis*, tùm etiam *prædii ſervientis* qvis Dominus efficitur, *l. 1. D. qb. modis ſervit. amitt. l. quicquid venditor 10. D. Comm. Prædior. l. legatum eſt 116. §. fundus legatus 4. D. de leg. 1.* & qvidem mediante titulo *emtionis venditionis l. ſi quis ædes 30. D. de ſervit. Præd. urb. d. l. 10. D. Comm. prædior.* vel *uſusfructus conſolidatio & cum proprietate conjunctio*, à Græcis σύρευσις dicta contingit, h. e qvando uſusfructus cum proprietate *§. ult. J. de uſufr. l. ſi fructuarius proprietatem 4. D. uſufructuar. quemadmodum caveat. l. ſi ſervus in quo 27. D. quibus mod. uſufr. amitt.* coadunatur; *quo vocabulo* utitur JCtus Paulus *in l. ſi plures ſint 9. extrem. D. de pact.* & Ulpianus in *l. tigni appellatione 7. §. 2. D. ad exhibendum.* 4. STRICTISSIME & *ſcopo noſtro* convenienter

ea iurium & *perſonarum commixtio*, *confuſio* dicitur, qvæ *aditione hæreditatis* perficitur. Taliter etiam, de qvâ *præſens* inſtituitur *diſſertatio*, *obligationum confuſio fiat*, neceſſe eſt.

6. Et *hæc* qvidem de *vocabuli*, *confuſionis*, *ſeorſim conſiderati æquivocatione* dixiſſe ſufficiat. *Ipſa* verò *obligationum confuſio* iterum in *Jure noſtro dupliciter* accipitur, propriè, & impropriè. Propriè *pro tali Juris creditoris & debitoris, commixtione, quæ pro ſolutione cedit, atq; ita obligationem tollit.* Species enim *liberationis civilis eſt l. verborum 117. D. de ſolut.* Impropriè ſumitur, *quando tali deſtituitur effectu, & perſona tantum eximitur confuſâ obligatione, l. Debitori 50. l. generaliter 5. D. de Fideiuſſ. l. hæres à debitore 21. §. fin. l. Granius 71. D. eod. l. 93. §. 2. l. 95 §. 3. D. de ſolut.* Cujac. *7. ad Africam in l. 2. §. 1. de fideiuſſ.*

7. Synonyma *confuſionis* voculæ in *poſteriori ſignificatu* acceptæ nulla ferè offendimus, niſi qvod pro *confundi*, qvandoqve perimi, conſumi *l. generaliter 5. D. de Fidei l. hæres 21. §. 3.* D. *eod.* & ſimpliciter tolli *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo 3.* D. *de ſolut, d. l. 21. §. 2. de Fidei.* liberari Reum *d. l. 95. §. 3. de ſolut.* confuſione obligationis, nec non Jure confuſionis liberari reum. *d. l. 71. in fin. pr. D. de fidei.* poni videamus. Cæterum qvod *voces iſtas coniunctim conſideratas h. e. obligationum confuſionem* ſpectat, certum eſt, *metonymicè effectu pro cauſa* poſito ſæpiùs *ipſas actiones confundi* dici, vide ſis *l. debitori tuo 7. C. de pact. l. ut debitum 5. l. ſi adulta 6. C. de hæreditar. act. l. cum, ſecundum 3. C. de Fidei commiſſ. l. in imponenda 6. l. licet adversus 14. C. ad L. Falcid.* Et hic qvidem *modus loqvendi* Impp. ferè *proprius* eſt; JCti enim ſemper *ferè* (dico *ferè*, ne contradicat *l. deductâ quartâ 58. pr. ad Sct. Trebell. quæ* Autorem *Papinianum* præ ſe fert) de *confuſa obligatione* loqvuntur, *vid. l. ſi duo rei 93. pr. §. 1. & §. 2. & 3. l. Stichum aut Pamphilum 95 §. aditio hæreditatis 2. D. de ſolut. l. debitor 59. ad Sct. Trebell. l. debitori 50. l. Granius 71. D. de Fidej.* & textus *infra* citatos alios; *Quem poſteriorem ſermonis modum* comprobat & multò *limatiorem priori* eſſe ſcribit Schiferdegherus *lib. 3. Diſp. Forenſ. tract. 1. q. 1. pag. 2. circa fin.*

8. *A definitione Nominis* tranſeo ad *definitionem Rei.* Quæ licet *variè* hactenus adornari conſveverit, commodius tamen *confuſio* ſic delineari poterit, qvot ſit *Juris Creditoris & debitoris principali*

Digitized by Google

venii, pro ſolutione cederet *confuſio, h.e. tolleretur obligatio, cum heres*
perſonam defuncti ſic repræſentet, *ut eadem* prorſus eſſe exiſtimetur
dd. ll & omne jus defuncti *in ipſum* tranſeat, *l. hereditas 62. D. de R. J*
l. nihil eſt 24. & ad eam Gæddeus D. de V. S. l. 2. C. de act. vel her. vend.
l. ult. C. de her. act. ut hinc poſt *aditionem hereditatis* ipſius proprium
efficiatur patrimonium, *l. ſi ager 50. §. 1. D. & l. cum à matre 14. C. de*
R. V. Unde & ita qvis inſtituitur. *Hereditatis meæ dominus eſto l. his*
verbis 48. de her. inſt. & pro herede gerere, eſt ſe gerere *pro domino §.*
ult. J. de her. qval. & diff. nec non deſinit eſſe *hereditas, qvo ſine etiam*
jacens hereditas ipſius *heredis futuri* perſonam repræſentare dicitur *l.*
24. inſ. D. de novat. l. heres 54. de acq. hered. l. omnis heredit. S 138. l. omnia
ferè iura 193. de R. J l. ſi ex re 28. §. illud 4. D. de ſtipul. ſervor. Et hæc, non
modo in *herede teſtamentario*, ſed & *legitimo* obtinent, ut proinde
devium à veritate iter ingreſſus fuerit *Anton de Padilla ad l. 67. §. 3.*
de legat. 2. qvi pro *cauſâ impulſivâ* hanc obtrudere conatur, qvod
videatur teſtator ita inſtituiſſe, ſi actionem adverſus ſe heres remittat, qvo
nomine meritò ipſum notavit Hilliger. *Don. ennel. lib. 16. c. 40. in not.*
lit. B. p. 1456. Nec tolerari poterit *ea, qvam adhibitâ qvadam meta-*
morphoſi Pragmatici proferunt, ratio, *qvod nemo ſecum agere*
poſſit: Qvamvis n. *in hoc* ſuam mereantur laudem, qvod *rationem*
iſtam generaliter, ita ut tàm *ad ſucceſſionem inteſtati*, quàm *teſtati* ac-
commodari qveat, concinnaverint, adhuc tamen *nimis ſtricta illa*
apparet, nec *confuſioni obligationis naturalis*, tanqvam *omnis actionis l.*
7. §. 4. D de pact. expertis, conveniens. Cæterùm *imbellibus rationi-*
bus eandem impugnatum ivit Schiferdegh. *d l. 3. tract. 1. q. 1. p. 2.* qvod
qvivis facilè animadvertet.

II. *Cauſa inſtrumentalis confuſionis obligationum eſt, hereditatis*
aditio, in tantum, ut nec ante *eam*, multo minus, *peculii acqviſitione*,
prout qvidem ſtatuunt Cujacius *d. l. 7. ad African. & lib. 9. ad l. frater*
à fratre 38. D. de condict. indeb. & Cabotius lib. 1. variar. diſp. cap. 24. in
effectum deduci poſſit. Hinc ſemper *aditionem hereditatis* jura re-
qvirunt *in l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio hereditatis. 2. D. de ſo-*
lut. l. à matrem 80. in fin. D. *ad Sct. Trebell. l. debitor ſub pignore 59. pr.* D.
eod. l. 1. §. ſi debitor 18. D. *ad L. Falcid. l. cum ſecundum 3. C. de ſidei com-*
miſſ. l. licet adieris 14. l. in imponenda 6. C. ad L. Falcid. l. Debitori tuo 7. C.
de

de pactis. Et *ita* intelligendi etiam veniunt textus, *in l. generaliter 5. D. de fideiuſſ l. Stichum 95. §. 3. de ſolut. l. Granius 71. pr. D. de fideiuſſ.* plurimiqve alii, *in quibus vel Creditor debitori ſucceſſiſſe, vel Debitor creditoris heres exſtitiſſe* ſolùm dicitur.

11. Sed *duo* tamen *hîc* notanda ſunt; *Alterum* eſt, qvod ſub *aditione hereditatis*, qvæ hîc nihil aliud eſt, qvàm *vel re vel verbis de ſuſcipienda hereditate facta voluntatis declaratio*, id eſt, *in generali ſignificatu, pro herede geſtio*, *Germani* Annehmung und Antretung der an oder zugefallenen Erbſchafft / *& immiſtionem ſuorum heredum* comprehenſam velimus, Nam & qvi *immiſcet, pro herede* 20. §. 1. *l. filius* 41. *l. cum bonis* 87. *D. de acq. vel amit. hered.* & expreſſè etiam *ſuus heres paternæ hereditati ſe immiſcens adire* ſcribitur *l. ſi duo* 38. *D. d. tit. l. ſi pater* 4. *in fin. C. de Inſt. & ſubſtit. Effectivè ſcilicet* conveniunt, *Aditio & immixtio l. cum bonis* 87. §. *fin. D. de acq. hered. Alterum* eſt, qvod non ſemper *aditio hereditatis confuſionem obligationum* introducat, ſed *illa* qvandoqve absqve *omni confuſione*, *pro ſolutione* tantùm cedat, qvandoqve etiam *inanem obligationem* confirmet, Papiniano teſte *in l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio hereditatis* 2. *D. de ſolutionib. Primus aditionis effectus eſt confuſio*, ita ut qvamdiu *confundi* poſſit *aliqua obligatio*, tamdiu haut inqvirendum ſit, utrum *aditio pro ſolutione* cedat. *Secundus eſt ſolutio. Tertius* inanis obligationis *confirmatio*. Qvi tres *effectus* omninò *à ſe invicem* differunt, nec confundi debent. Qvamvis enim *aditio, quæ confundit obligationem*, non minus regulariter *pro ſolutione* cedat *l. debitori* 50. *D. de fideiuſſ. l. ſi. ei* 47. §. *ſi is qui* 2. *D. de evict.* id tamen fit *beneficio confuſionis, quâ* perinde extingvitur *obligatio ac ſolutione, l. ſi id quod* 21. *pr. de liber. legat. l. Granius* 71. *vers. & quidem D. de fideiuſſ.* Qvando verò *aditio pro ſolutione* cedit, tunc id fit *nullâ* interveniente *confuſione*. Cujusmodi *duos* tantùm *caſus* poſt longam & diligentem diſqviſitionem ſe reperiſſe ſcribit *Schiſ. l. 3. dis forenſ. tract. 3 q. 2. p. 39.* qvam raritatem & paucitatem vel ipſe Papinianus, voculâ *aliquando in d. l. 95.* § *2.* poſitâ indicare voluit. *Aditio paris confuſionem*, qvando inter *ipſum defunctum & heredem vel merè civilis* vel mixta ex aſſe conſtitit *obligatio*. Si verò *utraq;* deficit, exulat qvoqve *confuſio*. Nam qvod nunqvam incepit, illud nec deſiiſſe videtur *l. Titius* 96. *pr. ff. de condit. & demonſt.* Hinc Ulpianus ſcribit,

oblig.

obligationem ratione confuſionis intercidere l. 50. D. de fideiuſſ. Intercidere autem dicitur, quod ita conſtitit ab initio, ut poſtea tamen deſie-rit conſiſtere *l. 59. pr. de condit. & demonſt.* Ita rectè concludit Schi-ferdeg. *d. l. 3. Diſp. forenſ. tract. 1. q. 2. p. 3.* Aditio pro ſolutione cedit, quando *ex parte ſaltem mixta, ex parte verò merè naturalis confuſionis incapax obligatio* (ſecùs ſi *ex aſſe nuda talis obligatio* intervenit *vid. l. quamvis 8. §. ſi mulieri 12. D. ad Sct. Velleï.*) *inter defunctum & heredem intercesſiſſe conſpicitur*, de quo *duplici obligationis genere* tractat JCtus *in d. l. 95. §. 2. de ſolut. Mixta obligatio* in pupillo debitore defuncto adfuit *ratione eius, in quo locupletior reddıtus* fuerit *l. 5. pr. vers. naturaliter m. & §. 1. de aut. tut. l. 3. pr. Commod. l. 47. de ſolut. Merè* verò *naturalis*, reſpectu *reſidui fortè deperditi.* Si enim *ex aſſe firma & efficax* exiſteret pupilli *obligatio*, quid quæſo remoræ eſſet, quod non *confuſione* extinguatur? Cùm verò res aliter ſe habeat, nec *confuſioni* locus hîc eſſe poteſt, quoniam non niſi *prior obligatio* eidem eſſet obnoxia, & per conſequens creditor heres *tantum* duntaxat, *quantum locupletior factus* erat pupillus, contra *legatarios* (*horum* enim reſpectu duntaxat *ius deductionis heredi creditori hic competere*, & quoad *reliquos creditores extraneos* non minus ipſi, quam *cæteris heredibus* denegari autumno, ut proinde lapſus fuerit Schiferdegh. *lib. 3. tr. 1. q. 3. p. 5. in fin.* qui ideò *aditionem hic pro ſolutione* & non *pro confuſione* cedere dicit, ut ſcilicet heres *vel contra creditores etiam ſolidum* deducere poſſit) in imponendâ ratione *legis Falcidiæ*, tanquam æs alienum deduceret *d. l. 95. §. 2. vers. Non enim quantò locupletior D. de ſolut. Ad plus enim* ſolvendum pupillus non erat *de iure civili* obſtrictus. Atq; ita conſtitueretur creditor in *præſentiſſimo damno*, & locupletarentur legatarii *ipſius iniuriâ*, quod *naturalis ratio* haut permittit *l. 14. de condict. indeb.* Ex *hac cauſa* igitur conſtitutum fuit, ne *aditione* confundatur obligatio, ſed potiùs ea *absq; confuſione pro ſolutione* cedat, ut *totum & ſolidum debitum* conſequi poſſit. Cùm *enim nullum* ampliùs *hac in re verſetur pupilli incommodum*, ſed de *tertii* ſaltem agatur *præiudicio*, aut potiùs *lucro legati captando*, & ex adverſo creditor heres occupatus ſit *circa damnum evitandum*, non mirum, *obligationem pupilli* creditori hic eſſe proficuam, potiſſimè, cùm ſi pupillus vivus jam ipſi exſolviſſet *totum debitum*, nec per *condictionem indebiti* repe-

tiiſſet

tiiſſet, illud *in Falcidiam* non imputaretur, nec legatariiis proficeret. *Pro ſolutione* itaqve cedit hic *aditio, ob vinculum æqvitatis, qvo ſolo naturalis obligatio* ſuſtinetur *d. l. 95. §. 4 de fideiuſſ.* maximè, cum *nuda & ſola naturalis obligatio ſolutione* tanqvam *modo tollendæ obligationes naturali l. pen. pr. de ſolut.* aliàs tolli poſſit, minimè verò *confuſione*, utpote *modo extingvendi obligationem civili.* Nec ita tamen *effectus aditionis* confundimus, ſed adhuc diſtinctus remanet *tertius à ſecundo*, qvem jam enodavimus. Nec enim in hoc, uti in illo *inanis confirmatur obligatio. Vide aliter & prolixè hac de re* diſſerentem laudatum Schiferd. *d. l. 3. tract* 1. *q. 2. & ſeqq.*

13. Et ſic conſtat *aditione hereditatis* confuſionem fieri. Sed ut diximus, *Cuiacius & Cabotius*, non minùs *acqviſitionem peculii pro causâ inſtrumentali confuſionis obligationum* venditant, ex celeberrimo Africani reſponſo in re & fama difficili *l. frater à fratre 38. D. de cond. indeb.* Sed *errorem eorum* ſatis detegunt viri undeqvaqve doctiſſimi Hilligerus *Don. enucl. lib. 14 cap. 19. in not.* Schiferdegh. *d. l. 3. tract. 6. q. 2. p. 80. & tr. 9. q. 1. p 118.* qvorum ſcrinia, *ne lucem ſoli afferre videar*, hic compilare nolo, conſultui *hanc controverſiam perobſcuram & intricatam* reſervaturus.

14. Ad Subjectum nunc devenio, h. e. eas perſonas, inter qvas fieri poteſt obligationum confuſio. Hoc conſiderabimus & καθ' ἀφαίρεσιν ſeu καθ' ἄρσιν & κατὰ θέσιν.

15. Habile confuſionis noſtræ ſubjectum eſt talis perſona, ad qvam non modo hereditas aliqva vel *ex teſtamento* vel *ex lege* defertur, ſed in qvâ *iura creditoris & debitoris principalis*, hoc eſt *obligatio activa & obligatio paſſiva principalis* diverſis perſonis anteà competentia ſimul concurrunt.

16. Hujusmodi verò perſonam *in duplici* conſtitutam *deprehendimus differentiâ*: Aut enim *vel creditor, vel debitor principalis aut planè extraneus* qvis eſt. Si creditor, *tunc debitori principali*, ſi debitor, *tunc creditori atq; ita alterutri tantum heres exiſtat, neceſſe eſt l. Stichum aut Pamphil. 95. §. aditio hereditatis 2. D. de ſolut. l. 3. C. de fideiuſſ. & paſſim alibi.* Si extraneus verò, *tunc & debitori & Creditori ſuccedere debet l. Granius 71. pr. D. de ſolut. ibi: qvia fiſcus tàm creditori, qvàm debitori ſucceſſerat.* Non verò ſufficit, ut & *debitori & fideiuſſoris* heres

ſit

Digitized by Google

ſit *l. fidejuſſoris heres 24.* C. *de fidejuſ. Et prior qvidem caſus*, ubi ſc. *creditor, debitori, vel hic illi* ſuccedit tractatur *in l. 2. C. de ſolut.* ut proinde malè *eandem ad poſteriorem* traxerint Briſſonius *tr. de ſolut. tit. de confuſion.* Et Mejerus *Coll. Argent. d l. th. 22. in fin.*

17. Ut verò *hanc ſubjecti enodationem* magis magisq; illuſtriorem reddamus, *ſubſeqventes annecti regulas* operæ pretium erit.

18. I. Omnes ii hic per *creditores* (*latè accepto vocabulo*) intelliguntur qvibus vel *ex conventione*, vel ex delicto (*intellige eo, ex qvo Civiliter & pecuniariter ad privatum & proprium actoris intereſſe agitur, arg. l. ult. D. de privat. delict.*) aliqvid debetur, in qvantum ſcil. hîc *fidem debitoris* ſeqvuntur, non *ex voluntate*, aut *conventione*, ſed *ex neceſſitate & ipſo facto pr. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc. l. 4. D. de obl. & act.* Dominus Præceptor Riemerus *tract. de contract. c. 10. §. 43. n. 3. & ſeqq. p. 210.* & Dominus Frantzkius *Exerc. 15. th. 2.* Sic ex adverſo omnes ii *debitorum* appellatione veniunt, qvi vel *ex conventione*, *vel ex delicto tali* aliqvid debent, & uno verbo, *à qvibus invitis pecunia exigi poteſt.*

19. II. Creditore debitori ſuccedente, *uno vel pluribus aliis correis debendi exiſtentibus*, haut *propriè* confunditur obligatio, ſed *perſona tantum* eximitur *l. Granius 71. D. de fidejuſ. arg. l. ult. D. de duob. reis.* Briſſon *de ſolut. tit. de confus. p. 280.* Petrus Aug. Morla *in emporio Jur. part. 1. tit. 8. qvæſt. 3.*

20. III. Non Modò *in extraneos*, *ſed & inter ſuos hac qvalitate ſibi ſuccedentes heredes* locum habet *obligationum confuſio.* Qvamvis enim *regulariter poteſtas patria* non admittat, ut inter *Patrem & filium Civilis* contrahatur *obligatio l. ſi qvis 56. 1. de fidejuſ. l. ne cum 16. D. de furt. §. Item inutilis 6. J. de inut. ſtipul.* Vox enim *patris* vox *filii* exiſtimatur *§. ſi. qvis 4. J. de inut. ſtipul.* & pro *unâ perſonâ* reputantur *l. fin. C. de impub. & aliis ſubſt.* in tantum, ut *qvicqvid filius* acqvirat, *patri* acqvirat *§. 1. J. per qvas perſonas cuiq; acqr. l. cum oportet 8. C. de bon. quæ liber. l. placet 79. de acqvir. hered.* Fallit tamen, & *obligatio* ſubſiſtit *Civilis in iis rebus*, qvæ *filiis fam.* acqviri poſſunt *d. §. 4. J. de inut. ſtipul.* h. e. in *cauſa peculii caſtrenſis vel quaſi l. lis nulla 4. D. de Judic. l. 2. D. de contr. emt* non inter *patrem & filium naturalis* tenet obligatio *l. frater à fratre 38. §. qvæſitum & §. 2. D. de cond. indebit.* & ibidem

Digitized by Google

Bartol. pr. Jaſon. n. 22. Utraq; igitur *aditione hereditatis confundi* poterit.

21. Inhabile *ex adverſo Confuſionis propriè dictæ* Subjectum conſtituit ille, *in qvem iura creditoris & debitoris* haut incidunt, qvod *multis modis* contingit; (1) Si vel duo rei promittendi ſeu debendi *l. Generaliter 5. D. de fideiuſ. l. 93. §. 1. & 2. D. de ſolut.* vel (2) duo rei ſtipulandi *dd. ll. & l. 13. de duob. reis conſtit.* vel (3) confidejuſſores *l. heres 21. §. non eſt. 1. D. de fideiuſ.* ſibi invicem ſuccedunt, vel (4) fidejuſſor debitori vel (5) debitor fidejuſſori *d. d. ll.* vel (9) creditor fidejuſſori vel (7) fidejuſſor debitori *l. Granius 71. in fin. pr. D. de fideiuſ. d. l. 21. §. 3. eod.* heres exſtiderit, qvæ omnia mox uberius *circa objectum* explicabuntur.

22. Ad *qvod* etiam nunc rectà progredior. Non minùs verò uti *ſubjecti* ita & *hujus* inſpectio duplex eſt, una *per remotionem*, *per poſitionem* altera.

23. OBJECTUM *confuſionis ſunt iura creditoris & debitoris principalis, ſive creditum & debitum principale* vel uno verbo, *obligationes propriè dictæ.*

24. Obligationes verò *in ſtrictâ ſignificatione*, qvatenus ſcilicet *pro effectu vel conventionis vel delicti* ſumuntur, vel ſunt *merè naturales, vel merè Civiles vel mixtæ*, & qvidem vel ἁπλῶς *& ſimpliciter*, vel κατά τι *& ſecundum qvid*, qvæ poſteriores *naturales tantum* in L. L. inſcribi ſolent *l. 5. pr. in fin. de pignor. l. 21. §. 3. de fideiuſ.* (*qvid ſint vide* Dn. Riemerum *d. tr. de contract. cap. 2. §. 8. & ſeqq. pag. 25. & ſeqq.*)

25. Ubi notandum; Non niſi *obligationes merè Civiles & mixtas ad confuſionem* aptas natas eſſe, ut pote *qvas ſolas* jus noſtrum *Civili qvodam effectu* vel *actionis* vel *exceptionis* donavit, atq; ita *vim aliqvam coactivam & obligatoriam iisdem* conceſſit. Et *obligationibus qvidem vel merè Civilibus vel abſolutè mixtis*, qvæ *actionem* producunt, nulla inter Dd. controverſia eſt. Verum de *obligationibus ſecundum qvid mixtis*, qvas *naturales tantùm* in jure noſtro indigitari diximus, dubitare, qvosdam comperio & maximè Cujacium *lib. 28. Quæſt. Papinian. ad l. 95. §. 2. de ſolut.* & Hottom. *in diſp. l. frater à fratre.* Cabot. *lib. 1. variar. dis. cap. 23. in fin.* Ubi non niſi *obligationis Civilis confuſionem* fieri exiſtimat; Sed ne ullus remaneat ſcrupulus videri

poterit

poterit præter *l. frater à fratre 38. de cond. indeb. l. heres 21. § 3. D. de fideiuſ.* ibi: *ſive Civilis, ſive tantùm naturalis in reum fuerit.* Naturalis dicitur, non qvod *nec civilis* dici poſſit, eo ipſo enim dum *approbata*, ſimul *Juris Civilis* effecta fuit, *l. 1. §. 6. l. 2. §. 20. C. de vet. jur. enucl. ſed oppoſitivè ad obligationem ſimpliciter mixtam* Dn. D. Riemer *tr. de contract. c. 2. §. 9. n. 12. p. 27.* Nec obſtat *d. l. 95. §. 2. de ſolut.* ſiqvidem *eam* ſuperiùs enodavimus.

26. *Obligationes merè Civiles & mixtæ in unâ perſona hereditatem adeunte concurrentes*, aut ſunt *merè activæ*, aut ſunt *merè paſſivæ*, aut *utraq; qvidem qualitate* præditæ h. e. & *activa & paſſiva*; ſed *hæc* non niſi *acceſſoria* aut deniq; & *activa & paſſiva principalis.*

27. Ex *his poſteriori modo* concurrentes obligationes *propriè* tantùm confunduntur v. g. quando vel *Creditor debitori, vel debitor creditori, vel utriq; extraneus* quis ſuccedit vid. ſupr. *th.* 16 *Quo in caſu* fidejuſſores etiam liberantur *l. qui hominem 34. §. quidam 8. D. de ſolut. l. heres. 21. §. quod ſi D. de fideiuſſ. l. Granius 71. eod. l. 2. C. eod.*

28. Negativum *Confuſionis* objectum vel *eſt ſimpliciter tale, vel ſecundum quid.*

29. Ad illud non modo *merè naturales obligationes*, qvæ vel planè *reprobatæ vel liberæ relictæ* (conſule omninò Dn. Riemer, *tr. de contr. d. l.* & Dn. Frantzk. *exercitat. 9. q. 1.*) atq; ita nullo vinculo, qvod diſſolvi poſſit, conſtant, ſed & *merè Civiles & mixtas eas* refero *obligationes*, qvæ *nullo* planè *modo* confunduntur, neq; *in totum neq; ex parte*, ſed *utraq; in unâ perſonâ* ſubſiſtunt. Hujuscemodi obligationes ſunt tùm *merè activæ*, tùm *merè paſſivæ*, tàm *principales*, qvàm *acceſſoriæ* in heredis perſona concurrentes. Concurrere verò dicuntur *merè activæ*, qvando *correi ſtipulandi*, ſive *duo creditores*: *merè paſſivæ principales*, qvando *duo rei promittendi*, ſive *correi debendi h. e. duo debitores principales*; & *merè* deniq; *paſſivæ acceſſoriæ*, qvando *duo confideiuſſores* ſibi invicem ſuccedunt. Ratio *confuſionis hiſce obligationibus denegatæ* hæc eſt, qvod ſcilicet *nullum* hîc adſit *ius creditoris & debitoris, h. e. nullum creditum & debitum*, ſed aut *merum ius creditoris & merum creditum*, aut *merum ius debitoris & merum debitum*, atqve ita *ius ſtipulantis promittentisq; in unam perſonam* haut incidat *l. penult. D. de ſolut.* Ut ſummatim cum *Ulpiano* dicam ex *l. generaliter 5. D. de fideiuſſ.* Ideò

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

tales obligationes confuſioni haut ſunt obnoxiæ, qvia ſunt *ejusdem poteſtatis*, nec reperiri poteſt, cur *altera* potiùs qvàm *altera* conſumeretur. Nec novum eſt, ut *duæ obligationes in eadem perſonâ* ſubſiſtant, *& duas quis ſimul* ſuſtineat. *d.l.5. de fidejuſſ. l. heres 21. §. non eſt. 1. D. eod. l. non eſt novum 10. D. de Act. emt. & vend.* Faciunt huc *l. Granius 71 in med. de fidejuſſ. l. ſi reus 13. D. de duobus reis l. ſi duo rei 93 pr.* ibi: *Si duo rei ſunt ſtipulandi, & alter alterum heredem ſcripſit, videndum, ne confundatur obligatio. Placet non confundi* & mox *§. 2. quoties duæ ſunt principales, altera alteri potiùs adjicitur ad actionem, quàm confuſionem pariat D. de ſolut.* Verùm obſtare videtur *d. l. 93. §. 1.* ubi *vulgata lectio ita habet: Item ſi duo rei promittendi & alter alterum heredem ſcripſit, confunditur obligatio.* Sed breviter reſpondemus, *negationem*, quæ *in §. ſubſequenti ſecundo* ſuperflua eſt, hic in *§. 1. deeſſe*, ideoq; rectè *eam eidem*, tanqvam *ſuo loco* redditam eſſe *à Cujacio, Antonio Fabro, Donello, Hartm. Piſtore, Schiferdegbero & Bachovio.* Nec moramur *eos, qui omnem omnimodo legum correctionem* damnant cùm meliùs ſit, *vim adferri ſcripto, quàm rationi: Ure, ſeca, ne pars ſincera trahatur.* Conſulè omninò *hac de re* deſideratiſſimum noſtrum Patronum, Dn. Fridericum Hortlederum, *libell. ſingul. de concurſ. act. real. mera & pœnal. mixta c. ult.* Pro *negativâ* verò *lectione noſtra* evidens *hæc* pugnat *ratio*, qvod *nulla dari poſſit differentia inter reos promittendi, & reos ſtipulandi*; Uti enim *hi ambo creditores, ita illi ambo debitores* ſunt, & qvia *ibi deficit jus debitoris, hic* autem *jus creditoris*, deficit etiam *confuſio*. Hinc JCtus utitur voculâ *Item*, qvæ *caſus præcedentis ſimilitudinem* indicat, & *repetitionem* inducit *prævia qualitatis*, annotante Bartolo *in l. repetendas D. de leg. 2. l. 1. D. de public. & Jaſone in §. Item ſi quis in fraudem J. de act.* Accedit & id, quod non minus regula *d. l. 5. de fidejuſſ.* ſed ratio qvoqve *d. l. 93. § 3. ad duos promittendi reos* optimè applicari poſſit, niſi qvis *iſtos reos, eorumq; obligationes eſſe principales* inficias ire mallet, qvod tamen haut veritati conveniens videretur. Qvocircà rectè ſcripſit Bachovius *vol. 2. ad Tr. diſp. 28. th. ult. lit. C.* niſi negatio ex § 2. *in §. 1. d. l. 93* traducatur, locum illum & *cum ratione* & cum *aliis textibus implacabiliter* pugnare.

30. *Poſteriori negativo objecto* accenſemus *hujuſcemodi obligationes*, qvarum *altera tantum* confunditur, qvod fit, qvando *vel principa-*

cipalis activa cum acceſſoria ſeu fideiuſſoria, vel principalis paſſiva cum eadem concurrit. *Priori modo* concurrunt, qvando vel *creditor fideiuſſori, vel fideiuſſor creditori* ſuccedit. *Poſterior concurrentia* contingit, qvando vel *debitor fideiuſſori*, vel *fideiuſſor debitori heres* exiſtit.

31. *Hiſce omnibus caſibus fideiuſſoria tantum*, tanqvam *minor* confunditur *obligatio*, *& obligatio principalis* tanqvam *plenior*, *potentior & maior*, *l. generaliter 5. D. de fideiuſſ. l. 3. D. de ſeparat. l. 95. §. 3. D. de ſolut.* remanet. *d. l. heres 21. §. 3. & §. ult. l. 5. l. 71 in med. D. de fideiuſſ. l. ſi duo 93. §. ult. l. cum qui ſibi 38. §. fin. l. in omnibus 43. in fin. D. de ſolut. l. Fideiuſſoris quidem 24. C. de fideiuſſ.* Unde apparet, verum eſſe, qvod *paulo ante* diximus, expungendam eſſe *negationem in §. 2. l. 93. D. de ſolut.* & rectiùs *affirmativè* legi hoc modo: *Sed ſi reus heredem fideiuſſorem ſcripſerit, confunditur obligatio.* Nam primò *hæc lectio* probatur ex *oppoſitione*, qvæ in *d. l. 93.* facta eſſe conſpicitur, *caſuum*, qvorum alter *duorum principalium obligationum*, alter *& principalis & acceſſoriæ obligationis concurrentiam* involvit. Secundò *lectionem affirmativam* apprimè ſtabilit *ſubiecta ratio*: *Et quaſi generale quid*, inqvit Scævola *in d. l. 93. §. 2. retinendum eſt: ut ubi ei obligationi quæ ſequelæ locum obtinet, principalis accedit, confuſa ſit obligatio.* Tertiò adjuvat *illam d. l. 93. §. 3. ult.* ubi conceditur *confuſio*, ſi *fideiuſſor reum heredem* ſcripſerit; *Rationem* ſi inqvirimus, *nullam* invenire licet *aliam*, qvàm qvod *tali in caſu obligationi acceſſoriæ* accedat *principalis*, qvod non minus in caſu *§. 2. ubi reus fideiuſſorem heredem* ſcripſit, accedit. *Ratio rationis* hæc dari poterit, qvod *quoties duæ qualitates concurrant, quæ ſimul & unà conſiſtere nequeunt*, & ut *ita loqvar*, *incompatibiles ſunt*, *toties attendatur plenior, quæ cenſetur eſſe principalis vide d. l. 5. in med. & ibi Gothofr. in not. lit. A. de fideiuſſor. l. 95. §. 3. & ibi iterum Goth. de ſolut. l. 3. de ſeparat.* Ampliatur *noſtra aſſertio*, quod ſc. *fideiuſſoria hac in concurſu tollatur obligatio*, qvando *reus fideiuſſori ſuccedit*, ut nec *in tali caſu* reus *exceptione fideiuſſori competente* uti, ſed ſi *eâ uſus* fuerit, *in factum replicatione*, aut *doli mali exceptione* repelli poſſit. Hic enim genuinus *l. cum reus 14. D. de fideiuſſ.* ſenſus eſt, ut hinc meritò reprehenſionem *Trentleri & Bachovii* meruerit, *illa*, qvæ ab Antonio Fabro *lib. 1. Conject. cap. 5.* adhibetur *legis correctio*, *negationem* ſuperaddens, ut ſcilicet *ita* legatur: *Etſi exceptione fideiuſſori non competente uſus fuerit.*

Digitized by Google

Etenim duplex *hujus rei* ratio dari poteſt. *Prima generalis eſt, regu-lariter ſcilicet fidejuſſoris exceptiones reo non prodeſſe: Secunda ſpecialis eſt, directò caſum noſtrum* reſpiciens, qvod *nimirum reus fidejuſſori ſucce-dens, non ut fidejuſſoris heres*, qvia jam *confuſione extincta eſt obligatio*, ſed ut *reus principalis* conveniatur, ideoqve *nec fidejuſſori competente ex-ceptione* uti poſſit. Ita rectè ex Accurſio ſcribit Bachov. *d. vol. ad Tr. diſ. 28. th. 7. lit. C. p. 975. & ſeq.* ubi ſimul *contrariis Antonii Fabri argu-mentis* ſatisfacit. Qvicqvid verò ſit, Fabri tamen emendationem novè approbavit Schiferdegh. *lib. 3. diſp. Forens. tract. 10. p. 131. qui il-lam veriſſimam* & non niſi *exilia qvædam contra eandem* à doctiſſimo Hartm. Piſtore *lib. 3. q. 11.* prolata eſſe, ſcribere haut erubeſcit; Sed turpe profectò eſt homini, ut aliàs videtur, ingenuo, unius hominis gloriolæ nimiùm ita velificari! *Rationes* igitur, *quibus ille* pugnat, breviter videbimus. Primò dicit, *fruſtrà diſputari de exceptione fi-dejuſſori competente, ob rationem noſtram ſecundam ſpecialem.* Verùm annon *ſufficiens erat dubitandi ratio, quod Proculiani fidejuſſoriam obliga-tionem* confundi inficias ibant *d. l. ſi duo 93. §. ult. D. de ſolut.* & qvod aliàs *exceptiones rei fidejuſſoribus* etiam proſint *l. omnes. 19. D. de except. l. defenſiones 11. C. de except. ſ. præſcript.* Deinde nec ſemper *peculiari dubitandi ratione, qvamvis legis particulam* opus habere dixerim, ma-ximè, cùm multa *declarationis loco* adſumantur & *ex prioribus* infe-rantur, qvod non minus *in noſtro textu* accidit. Poſtqvam enim dixerat Julianus, *perimi fidejuſſoriam obligationem, & debitum à reo pe-ti*, non potuit non inferre, *nec fidejuſſoris exceptiones ipſi reo competere, ſed ſi hic illis uſus fuerit, in factum replicatione vel doli mali exceptione re-pellendum eſſe.* Qvomodo verò *ex eo*, qvod *obligatio fidejuſſoria* extin-cta ſit, & debitum tanqvam *à reo* petatur, inferri qveat, *ad illum ex-ceptionem fidejuſſori non competentem, haut pertinere*, ego certè non vi-deo. *Secundò* objicitur *à Schiferdegh.* ad competentiam *doli excep-tionis* non ſufficere id ſaltem, *quod non competebat*, factum eſſe, prout exiſtimet *Piſtor d. l.* Sed *dolo actoris*, qvid factum reqviri *l. 2. §. 1. D. de dol. mal. exc.* Bargalius *de dol. lib. 4. cap. 2. n. 6.* Sed pro *Piſtore* pugnant textus in *l. exceptiones opponuntur 20. D. de except. l. 2. §. 3. & §. 5. D. de do-li mali & met. except. l. ſi quis 36. D. de verb. obl. ubi* videre licet, *exceptio-nem illam eo in caſu dari, qvando vel ab initio nullus advenerit dolus, ſed ex*

poſt

poſt facto ſaltem ſubſecutus fuerit,(qvod nec ipſe diffitetur Schiferdegherus) *nec opus eſſe, ut ex actoris propoſito, ſed re ipſâ quandoq; dolus interveniat.* Hinc qvi *exceptione pacti* uti non poſſunt, *exceptione doli* ipſis ſuccurritur *l. reſcriptum 10. § plerumq; 2. D. de pact.* Facit huc, qvod JCtus *in textu noſtro alternativè* loqvatur, ibi: *in factum replicatio dari debebit, aut doli mali proderit.* Et qvid ſi affirmaremus, reum *hoc noſtro in caſu* fidejuſſoris exceptione utentem *dolo* facere, cum penes ipſum non ſit *talis ignorantia*, qvæ *dolo* careat, ſicut loqvitur JCtus Ulpianus *in d. l. 2. § 5. D. de dol. mal. except.* haut fortè aberraremus. Ut proinde nec *tertium* Schiferdegheri *telum*, qvod nempè *ad replicationem doli* de *qvâ ibi* ſermo ſit, indubiè *dolus* reqviratur, nos feriat. *Qvarto* exiſtimat Schiferdegherus, non dari *doli mali exceptionem*, ubi *nulla* competat *actio, nulla obligatio*, cùm *omnes exceptiones reorum defendendorum gratiâ* inventæ ſint. Sed præterqvam, qvod nec *hoc ſimpliciter* verum ſit per *l. apud Celſum 4. §. ſi qvis 4. D. de doli mal. & met. except. l. in pupillo 4. D. de except. ſ. præſcript. nos hic* non de *exceptione doli, ſed replicatione doli* verba facimus: *Hæc actori* contra *reum, illa reo* contra *actorem* conceditur *l. non excep. 10. C. de except. pr. J.* de replicat. Eſt exceptionis exceptio *l. 21. l. 22. §. 1. D. de except.* Græcis ἀντιπαραγραφὴ dicta.

32. Ampliatur porrò *aſſertum noſtrum*, ut & *de jure novo* obtineat, qvicqvid etiam *in contrarium* moliatur Cujacius *lib. 15. obſerv. c. 11.* cui idcircò rectè dicam ſcripſere Schiferdegh. *d. l. 3. tr. 10. q. 6. poſt. pr.* & Bach. *d. vol. 2. ad Tr. p. 986.*

33. Limitatur verò, ut non procedat, nec tollatur *fideiuſſoria obligatio*, qvando vel *rei obligatio* non eſt *plenior* vel ſaltem *æqvè plena*, & fortè *damno ipſe creditor, qui diligenter* ſibi *proſpexerat, confuſione hac* affici poſſet per text. expreſſos *in l. debitor fideiuſſori 3. D. de ſeparat. l. Stichum aut Pamph. 95. §. 2. D. de ſolut* v. g. qvando *fideiuſſor* ſuccedit *debitori naturaliter obligatio*, tunc ſicut *fideiuſſoria*, ita & *principalis* haut confunditur obligatio *l. heres 21. §. ſervo 2. vers. quod ſi hic ſervus ff. de fideiuſſ.* qvia licet *debitoris obligatio*, qvâ eſt *principalis*, *fideiuſſoriâ obligatione*, ſicut & aliâs *principale ſuô acceſſoriô*, major ſit (alioqvin *cauda* major eſſet *capite*, qvod abſurdum, M. Anton. de Amatis. *decis. 34. n. 7.* Hering. tr. de fidejuſſ. *c. 20. n. 22.*) *ratione vinculi* tamen non eſt *plenior*

&

Digitized by Google

& potentior, utpotè *omni obligationis Civilis effectu* deſtituta, & *per conſeqvens* maximè injurioſum eſſet, ſi ipſe creditor *actione contra fidejuſſorem competente hac ratione* privaretur. Nam ut Bartolus tradit *in l.14. D.de fideiuſſ.* qvod citra *culpam alterutrius* contingit, non debet conditionem ejus facere deteriorem. Et qvoad *hoc* qvidem rectè nobiſcum ſentit, poſt Cujacium & Anton. Fabrum, Bach. *d. vol. 2. ad Tr.diſ. 28 p.976.* Verùm *in eo* labitur *vir ille doctiſſimus*, qvod putet, *hunc ipſum caſum de naturaliter tantùm obligato* tractari *in l.95. §.3. D.de ſolut.* & ideò ibidem *ita* legendum eſſe: *Nam ſi reus dutaxat naturaliter fuit obligatus, fideiuſſor non liberabitur.* Etenim rectiùs retentâ *vulgatâ & affirmativâ lectione* Donellus *lib.16.c.4.* verſiculum hunc, *nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor liberabitur*, de eo, qvi *abſolutè indiſtinctè.* abſqve *omni conditione, purè, & ita* obligatus eſt, ut *nullâ propriâ defenſione* à vinculo obligationis ſe liberare poſſit, exaudit; *Quæ explicatio* non modò ex verbis: *Nam ſi, quæ exemplum* denotare docent *d.l.95.§.2. & huius §.3. verſ. Nam ſi minori*, ſed & *ex oppoſitione inibi factâ* plus ſatis eluceſcit. *Ita* enim Papinianus: *E contrario non poteſt dici, non tolli fideiuſſoriam obligationem, ſi debitor propriam & perſonalem habuit defenſionem.* Ubi profectò oppoſitio fit *inter eum*, qui *duntaxat*, & inter *eum, qui perſonalem habuit defenſionem.*

34. Unde ſatis opinior conſtat, *quæ obligationes & actiones confundi poſſunt.* Utrum verò & *actiones reales habile confuſionis objectum* ſint, latè tractat Schiferdegh *lib.3 tr.6.q.5.& ſeqq.* ubi & inter *rei vindicationem & actionem hypothecariam*, nec non inter *ius vetus & novum* diſtingvit.

35. Et tantum de *confuſione obligationum acquirendâ*; Conſideranda nunc reſtat, ut *acquiſita.* Poſtqvam enim *confuſionis obligationum* οὐσιώδη perſpeximus, ſuccedunt jam τὰ ἐπουσιώδη. Et qvamvis aliàs *hæc* ſint *duplicis generis*; dum *alia* ſubſeqvuntur *alicnius rei eſſentiam* καθ' αὑτό, qvæ *natur. alia* alia κατὰ συμβεβηκός, qvæ *accidentalia* apud JCtos audiunt, *priora* tamen tantùm *hac vice* noſtræ erunt indaginis.

36. *Naturalia* verò *hic* nobis nihil aliud ſunt, qvam *Effectus.*

37. EFFECTUS *confuſionis obligationum propriè dictæ* eſt vel *primus* vel *à primo ortus.*

38. *Pri-*

38. *Primus eſt ſolutio*, non qvidem *vera & naturalis*, quæ per ipſam rei debitæ præſtationem fit *l. ſoluta 49. D. de ſolut.* Sed *Civilis & ficta l. pen. D. de ſolut.* ubi *naturaliter ſolutione*, *Civiliter acceptilatione* obligatio reſolvitur, qvo reſpectu etiam *acceptilationi, quæ imaginaria ſolutio eſt §. 1. J. qvib. mod. toll. oblig. l. ſicut 75. D. de ſolut.* comparatur. Facit huc elegans textus *in l. debitor 59. D. ad Sct. Trebell.* ubi qvidem *confuſa* dicitur *obligatio*, ſed ſolutam (intellige naturaliter) pecuniam, eſſe negatur. *Nullum* ſcilicet *hic*, præter *aditionem*, requiritur *factum*, *ſed ipſo iure fit ſolutio*, dum *vel hereditas ſolviſſe vel hereditati in eo ipſo inſtanti, quo quis hereditatem* adit, *ſolutum* fuiſſe fingitur. *Prius* contingit *in caſu*, qvando *creditor debitori*, *poſterius*, qvando *debitor creditori* ſuccedit *l. ſi ei 41. §. ſi. 15. 2. D. de Evict.* qvo fine etiam debitor *maiorem & locupletiorem hereditatem*, creditor verò *minorem* percipere videtur *l. 1. § ſi debitor 18. D. ad L. Falcid.* Et qvidem vel *in caſu*, *ubi nihil in hereditate invenitur*, qvis *ſibi ſolviſſe & à ſe ipſo exegiſſe* fingitur *l. 95. §. 8. D. de ſolut. l. 50. l. 71. D. de fideiuſſ.* Cùm qvilibet *ratione ſui* ſatis dives appareat *l. qværebatur 82. verſ. Sed cum debitori & ibi Bartol. D. ad l. Falcid.* Schiferdegh *lib. 3. tract. 3. q. 7. & tr. 4. q. 3.*

39. *Effectus ortus confuſionis obligationum propriè dictæ eſt*, *iuris creditoris & debitoris principalis reſolutio & extinctio.* Hinc obligatio *confuſione* ſicut *ſolutione* (*vid. l. 95. §. 4. D. de ſolut & pr. J. qvib. mod. toll. obligat.*) intercidere *l. debitori 50. D. de fideiuſſ. l. ſi id qvod 21. D. de liberat. leg. & ſolutionis iure* tolli *l. Granius 71. poſt pr. verſ. & qvidem D. de fideiuſſ.* & ſicut *acceptilatio*, ita & *confuſio hereditatis perimere petitionis actionem d. l. ſicut 75. D. de ſolut.* dicitur; Nec tollitur duntaxat *principalis obligatio*, ſed & *fideiuſſoria l. 38. §. 1. l. Granius 71. pr. de fideiuſſ. l. 2. C. eod. qvi hominem 34. § qvidam D. de ſolut.*

40. Sed anteqvam progrediar, qværere lubet. *Utrum quoad actionem tantùm, an verò etiam qvoad deductionem, retentionem, & compenſationem confuſione tollatur obligatio?* *Poſterius* defendêre Vincentius de Franchis *decis. 39. n 3. & Coſtâ de Rata & quotâ q. 45. n. 8.* qvorum opinio qvoqve in Concilio Neapolitano approbata fuit. Et qvamvis Schiferdegh. *lib. 3. tr. 4. quæſt. 4. circa fin. p. 52.* lepidam hanc pragmaticorum pronunciet *ſententiam*, adeò ut *nihil inſolentius ipſâ* cogitari poſſit, *illa* tamen rectè intellecta optimè fortean defendi po-

di poterit, per *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad L. Falcid. l. qui fundum 87. §. Si quis hered. 2. & l. 1. §. 18. D. eod.* ubi *nonobſtante actionum confuſione* & creditori *deductionem ſui crediti* permitti, & debitori *debitum ſuum imputari* videmus, ex *nullo alio fundamento*, qvàm qvod *ibi hereditas pecuniam creditori ſtatim ſolviſſe*, *hic verò hereditati debitum exſolutum eſſe* fingatur. Qvocirca *creditor heres* retinet *creditum ut ſolutum*; *retentio* enim *ſolutionis* loco habetur, *l. 6. D. de compenſat. l. 11. §. eſt autem D. de pecul.* & *debitori heredi imputatur debitum ut ſolutum*, licet ſolvendo non ſit, cum qvilibet *ſibi* ſolvendo & *ad ſe* ſatis dives eſſe cenſeatur *l. 82. pr. D. ad L. Falcid.* Accedit textus notabilis *in l. 95. §. 2. D. de ſolut.* ubi non ideò *aditio hereditatis* in exemplo propoſito *pro ſolutione* tantùm cedit, *qvòd ſi pro confuſione* cederet, *penitùs & in totum* haut competat *creditori deductio ſui crediti*, ſed qvod non ſolidum retineat, *qvo ipſo* præſupponitur, & *confuſioni ius deductionis* haut adverſari. Et qvid, qvæſo, cauſæ eſſet, *ibi* qvidem, ubi *aditio pro ſolutione* cedit, *ius deductionis* permitti, ubi verò *pro confuſione* cedat, *illud* heredi denegari. Si cum *Schiferdeghero ad extinctionem obligationis*, qvæ *confuſione fit*, provocaveris, res conclamata erit, qvia non minus *ſolutione*, qvàm *confuſione* tollitur obligatio. Si *ſolutionis naturæ* non repugnat *retentio*, cur tandem *confuſio*, qvæ *pro ſolutione* cedit, eam reſpuet? Immò ideò potiùs, qvia *confuſio vim ſolutionis* habet, commodè *idem de eadem* affirmaveris. Sed excipis fortè cum *eodem Schiferdeghero*, ſtante hac *noſtrâ ſententiâ* neceſſarium fore, ut & contra *qvosvis creditores alios creditor heres ſuum creditum deducere* qveat, qvod tamen falſum? Verùm reſpondemus (1) adhuc dubium eſſe, an non & *hic creditori deductio* licita ſit, maximè cum ipſe Schiferdegherus *lib. 3. tract. 1. q. 3 p. 6. in fin. & lib. 3. tr. 4 q. 5. p. 53.* in caſu *aditionis pro ſolutione cedentis*, licet vel *ære alieno hereditas exhauſta* fuerit, *ius deductionis creditori* competere aſſerat, qvamvis non diffiteat, *id ipſum creditori nihil* proficere, cum bonis defuncti non ſufficientibus, *propria bona*, ut ſatisfaciat creditoribus, ille alienare cogatur *l. fin. D. Si pars hered. l. 8. de acqvir. vel amitt. hered. l. 3. § ſi is qvi D. de Carbon. Edict. l. fin. C. de Jure deliberandi.* Atqve ita, qvæ eſt (2) *reſponſio*, ſpecialitatis adeſt ratio inter *legatarios & alios creditores*, de qva vide Briſſ. *de ſolut. lib. 2. tit. de confuſ. Gilken ad l. frater à fratre n. 35.* Ant. Faber

Faber. *lib. 18. Conj. pr. c. 19.* & ipſum Schiferdegh. *lib. 3. tr. 3. q. 5. 6. & 7. & tr. 4. 5.* Unde apparet ſimul *jus deductionis* tunc minimè ideò deficere, qvaſi *confuſio ſolutionis vicem* ibi ſuſtineat, qvoniam & *alius qvilibet extraneus heres* hereditatis creditoribus tenetur in ſolidum. Regeris porrò *in d. l. fin. C. de Jur. delib.* non permitti *creditori inventario haud confecto* adverſus *creditores vel deducere*, vel retinere aliqvid, ſed *toto* ipſum cadere *credito*? *Idem* dabo *reſponſum*; cum non minùs de *iure Codicis*, qvam *de Jure Pandectarum in prædicto caſu* heres creditoribus teneatur in ſolidum. Ut taceam, heredem inſuper, *nullum* conficientem *Inventarium* contra *diſpoſitionem legis* peccare & hinc eò minus *jure deductionis* frui poſſe. *Qvo reſpectu* etiam *heres creditor nullo confecto inventario nec* contra *legatarios*, qvia *odio heredis creditoribus aliis* comparantur, *beneficio deductionis* gaudet *d. l. fin. §. in. a. h. c aliqvis C. de iur. delib. ibi: non ſolum creditoribus in ſolidum teneatur, ſed etiam legis Falcidiæ beneficio minimè utatur. & Nov. 1. c. 2. §. 2.*

41. Et *id qvidem*, qvod de *effectu confuſionis obligationum*, illam *pro ſolutione* cedere & *debiti petitionem* perimere, diximus, *regulariter* verum eſt. Verùm cum ſecundum *l. 22. de R. J. omnis definitio i. e. regula*, ſicut rectè *d. l.* transpoſuerunt Græci Interpretes, (πᾶς νομικὸς κανὼν σφαλερὸς ἐστιν εὐχερῶς ἀνατρέπεται.) periculoſa exiſtat, non mirùm & *noſtrum thema propoſitum* ſuis debilitari exceptionibus. Qvocirca *duabus ſeqventibus easdem* proponam *regulis*:

42. Prima hæc eſto: *Confuſio obligationum ibi pro ſolutione cedit, i. e. vim ſolutionis habet, qvando adita hereditas apud heredem remanet;* hinc ſi hereditatem heres vendiderit, vel eandem reſtituere rogatus erit, tunc *in priori caſu, ſi heres fuit creditor, creditori* adverſus *hereditatis emtorem* adhuc *poſt venditionem ſuper eſt actio*, non *priſtina* qvidem, utpote qvæ *confuſione* ſublata eſt, ſed *ex vendito*, ut creditum ſuum conſeqvatur, *l. 2. §. ſi Titius Mevii 15. §. cum qvis debitori 18. D. hered. vend. l. ſi hereditatem 20. l. pen. D. de hered. vend.* Si verò *heres* erit *debitor*, ipſe *emtori hereditatis ex emto* tenetur, *d. l. ſi hereditatem §. 1. D. de hered. vend. In poſteriori verò caſu, contra heredem debitorem, fideicommiſſario* datur *actio* pro conſeqvendo *eo*, *qvod* heres debuit functo *l. ita tamen 27. §. ſi & Trebelliano 11. D. ad SCt. Trebellianum.*

43. Secunda regula ita habet: *Confuſio obligationum ultra portionem*

tionem hereditariam nunqvam contingit, ſed ſi eſt ex ſemiſſe vel pro parte heres, pro ea parte duntaxat; ſi ex aſſe, omnis etiam, iure confuſionis, tollitur obligatio, l. ſi adulta 6. C. de hered. act. l. licet adieris 14. C. ad L. Falcid. l. Si ab eo 7. C. de negot. geſt. l. 7. C. de bon. aut. iud. poſſid. l. debitori 50. D. de fidei iuſſ. & mandat.

44. Ad *finem*, & ultimum *diſſertationis noſtræ* membrum, qvod eſt de *oppoſitis*, tandem pervenimus. Ubi qvidem latiſſimus ſeſe offerret dicendi campus, niſi ſcopus & dictæ diſſertationi deſtinatus pagellarum numerus brevitatem expoſceret. Qvocirca *id* tantùm *hic*, quod videmus inter Dd. maximè controverſum, diſcutiemus, *Utrum ſcilicet de iure novo per confectionem Inventarii ab herede creditore adornatam impediatur obligationum confuſio?* Qvod intrepidè affirmamus, ob textum apertum & rotundum in *l. final. §. in computatione 9. vers. ſi verò & ipſe C. de Jure deliberand.* ubi diſertis verbis Juſtinianus actiones confundi negat, & ſimilem aliis creditoribus heredi creditori largitur fortunam. Qvæ verba certè clariora ſunt, qvàm ut magis explicari, vel etiam obſcurari poſſint. Hinc oleum & operam perdere *mihi* videtur poſt Antonium Fabrum *de Error. 3. Pragmat. dec. 2. Error. 3. & 4. & lib. 18. Conject. iuris c. 19.* ipſius aſſecla Schifferdegh. *d. lib. 3. tract. 3. q. 5. & 6.* qvi Juſtinianum tanqvam malum latinitatis & Juris autorem aliter locutum fuiſſe, qvàm ille ſenſerit, audacter proclamat, nec *ipſarum actionum exercitium*, *ad ius deducendi & retentionis* ſaltem, *de qvo* paulò ante diſſerueram, creditori heredi reſervare, atqve ita non *ipſam confuſionem*, ſed *confuſionis* duntaxat *effectum* tollere voluiſſe. Indignum certè tanto acumine Viri reſponſum! Nec qvicqvam pro eo ſtabiliendo rationes Ipſius faciunt, qvod conflictus docebit.

Tantum!

Soli DEO Laus & Gloria!

DIS-

I. N. J.

DISSERTATIO LEGALIS SECUNDA.

DE

OBLIGATIONE INSTITORUM SIVE FACTORUM, AN ET QVATENUS ILLI EX CONTRACTIBUS, NOMINE DOMINORUM CELEBRATIS, IN SUA PERSONA ET BONIS PROPRIIS TENEANTUR.

Autore

D. JOHANN-CHRISTOPHORO MARCI,

hodiè Facultatis Jur. Lipſ. Ordinario &c.

Pro Gradu habita Argentorati

ANNO 1644.

NOBILISSIMÆ Jurisprudètiæ ſtudioſis illud tempus, qvod in celebrioribus Academiis provehendis ſtudiis dedicare ſolent, non ſolum in nudâ ſubtilitatum & antinomiarum conciliatione collocandum, qvin potius etiam maturè ea, qvæ in uſu & praxi qvotidiana obveniunt pertractanda eſſe, Suaſor & Autor eſt Nobiliſſimus ac celeberrimus JCtus, Antonius Heringius, in aureo tractatu de fidejuſſor. ejusqve erudita præfatione p. 1.

Qvod ſaluberrimum magni illius Viri conſilium cum nobis in deligendo congruo qvodam ad diſputandum themate occupatis ob oculos verſaretur, recordati ſumus agitatæ nuper inter celebres qvosdam mercatores controverſiæ; an & qva-

qvatenus Factores hodierni ex contractibus nomine Dominorum celebratis in ſua perſona obligentur. Placuit itaqve problema hoc recenti uſu commendatum, à plerisq; Synopticis *Donello, Botero, Althuſio, Harkelmanno, Petro Gregorio Tholoſano* in ſedibus ordinariis, ubi agunt de inſtitoria Actione, prætermiſſum, *Weſenbecio, Treutlero & aliis* ſaltem delibatum, *Tilemanno Rœnero in animadverſionibus Practicis c. 31.* in terminis licet hac de re conſulto impertinentibus, de ſeqveſtratione reſponſis evitatum; at tandem *Rudolpho Volkmaro in ſuis qvæſtionibus ad Edictum. Quod cum eo part. 3. num. 178. & ſeqq.* & aliis veterum non ſatis evolutum, accedente inſuper Magnorum Virorum impulſu diligentiori diſqviſitioni eligere, ac pro ingenioli tenuitate, deſignatisqve breviſſimi temporis itinerisqve ſuſcipiendi limitibus elaboratum, Ampliſſimo Dn. Profeſſorum Collegio & Doctiſſimis Dn. Candidatis & Studioſis, loco inauguralis diſputationis examinandum proponere.

Includemus autem totam hanc ὑπόθεσιν capitibus decem. Qvorum 1. explicationem vocis 2. varias hac de re DD. opiniones 3. originem harum opinion. & text. pugnantes 4. varias DD. horum textuum conciliationes 5. communem & receptiorem conciliationem 6. ſententiam Vinnii, qvi deſuetudinem fori obtendit 7. veram & genuinam de hac controverſia ſententiam 8. fundamenta qvibus ea defenditur 9. ſimilem qvoqve tam generaliter in aliis perſonis ex officio contrahentibus 10 qvam in ſpecie in procuratore privato ad negotia obligationem 11 contrariorum reſolutionem 12. limitationes ſub qvarum reſtrictione demum hæc ſententia admittenda, ordine declarabit, &c.

Quod operis, ut feliciter ſuccedat, tu Deus qui primus & antiqviſſimus ſapientiæ fons es, Da facilem curſum atqve audacibus annue cœptis,

CAPUT

CAPUT PRIMUM.

Qvod exponit explicationem Vocis Inſtitoris.

§. I.

ERRORUM mater eſt ambiguitas, tritum & antiqvum Philoſophorum eſt placitum, qvod idem circa vocem inſtitoris qvibusdam DD. accidiſſe video. propterea ne in eosdem errorum laqveos incidamus, ductu *Bart. conſil. 79.* ante omnia ὀνοματολογίαν inſtitoris explanabimus, & inde poſtea in hac materia intricata expeditius progredi.

§. 2. Etymon vocis Inſtitoris diligenter præ aliis inqvirit *Alciatus 2. παρέργων c. 20.* ubi notat, Inſtitorem qvaſi antiſtitorem vocari ſicut in ſimili teſtis qvaſi anteſtis per aphæreſin dictus. Simplicius ſed magis juridicè. *C. A. §. 1. de inſt. act. ex l. 3. ff. eod.* ab inſtando, qvod ſc. tabernæ vel negotiationi cui præpoſitus eſt inſtet, h. e. cum cura & ſollicitudine incumbat, ſicut hanc vocem inſtare ex Virgilio & aliis bonis autoribus nobis explicuit *Rittersh. in comm. inſt. ad §. 3. Q. cum eo.*

§. 3. Circa Homonymiam occurrit (1) latiſſima vocis ſignificatio, qva extra negotiationem ſeu mercimonia generaliter qvicunq; alicui negotio expediendo à Domino præpoſitus eſt inſtitor eſt. *l. 5. pr. de inſt. act.* ſic in *§. 3. l. 15. de inſt. act. & inſtrum. leg.* qvi cauponæ præpoſiti ſunt, noſtratibus die Hausknechte / inſtitores vocantur, qvo ſenſu etiam ſumitur *in l. 1. §. 8. Nautæ Caupon.* & hujus in generaliori ſignificatu inſtitoris variæ recenſentur ſpecies in *d. l. 5. per tot.* qvas latius *explic. C. A. §. 4. eod.*

§. 4. (2) Minus lata uſu tamen communior ea eſt ſignificatio, qva denotatur is, qvi alicui negotiationi ad qvæſtum ſive qvæſtus cauſa præponitur, ubi rurſus duæ reperiuntur ſpecies, qvidam enim ſunt ſimplices miniſtri, & in tabernis Dominorum ad emendum vendendumve conſtituuntur, *l. 18. h. t.* Germanis Laden oder Laden-Diener / in amplioribus negotiationibus Buchhalter. *Sichard. ad Rubr. C. de inſt. act.* & horum contrahendi facultas olim regulariter ex lege præpoſitionis, hodie ex conſvetudine locorum *Gothofr. ad l. 11. §. 2. de inſt. act.* tum plerumq; vero ex iis, ad qvæ Dominus eorum

opera

Digitized by Google

opera uti ſolitus fuit negotiis æſtimantur. *Stam. de ſerv. perſon. lib. 2. c. 25. n. 12.*

§. 5. Altera ſpecies eſt eorum, qvi vel à Dominis ipſis in exteras regiones ad coemendas & transmittendas merces mittuntur vel etiam ibi domicilium habentes certa lege contractus conſtituuntur, & hi ſunt plerunq; ſub liberiori poteſtate, propter abſentiam Domini circa illam negotiationem tamen conſtitui, ac propterea procuratoribus cum libera comparari poſſunt *Copp. deciſ. 21. n. 1. & 2.* & hos uſus hodiernus vocat FACTORES. *Zanger tract. de except. p. 2. c. 1.* Weſenb. *in pr. n. 1. & C. A. §. 1. de inſt. act.* Treutl. tamen 1. *vol. 8. §. 7. lit. e,* eos ſemibarbarè ſic vocari contendit ſive ad vocem Factoris, qvæ *l. 7. de cuſt. reor. l. 6. §. 8. de re milit.* longe alio ſenſu pro autoribus celerum, forte Germanis die Thäter ſumitur, reſpexit, ſive qvod forte eo ſenſu rarius apud bonos Autores occurrat.

§. 6. Qvoad Synonymiam Græcis dicitur προεστάμενος ἐργαστηρίου ſive προεστὼς ἐργαστηρίου pro ut hoc ex Eclogis retulit *Godofredus in notis ad paraphraſten Græcum Theophilum ad §. 2. Quod cum eo.* Vulgò dicitur alias apud Græcos πάλιν-κάπηλος, *καπηλεῖον* enim iisdem eſt taberna, *Scap. Bude, in lexis.* In jure civili vox inſtitoris rarò aliam ſortitur appellationem, ſed is qvi à Domino alicui negotiationi præpoſitus eſt perpetuò ferè inſtitor vocatur *l. 18. de inſt. act.* & *§. 2. Inſt. Quod cum eo.* Niſi qvod veteres eum qvoqve officinatorem dixiſſe obſervavit *Cuiacius in paratit. C. de inſt. act. v. Jan. Guilielm. Laurenberg. in antiqvario. ſub voce officinator.* ubi locum ex Apuleio adducit. Interdum tamen per periphraſin etiam qvi mutuis pecuniis dandis & pignoribus accipiendis *l. ult. qvod cum eo*, vel qvi Calendario præpoſitus eſt. *l. 41. de reb. cred.* menſæ nummulariæ *l. ult. de inſt. act.* & paſſim inſtitores denotari videmus, ſed tamen in reſtrictiori ſignificatu, ut ſpecies inſtitoris qvis non inepte dixerit, de qvorum officiorum differentiis eruditè diſſerit *Alc. ad l. 40. de Reb. cred.* qvomodo autem inſtitor à procuratore differat & in qvibus conveniat docet *Cujac. in Papin. lib. 3. reſp. ad l. 19. de inſt. act.* differentiam inter ſervum inſtitorem & diſpenſatorem & Actorem, qvi exigendis pecuniis præpoſitus eſt, cujus mentio fit *in l. 11. C. de O. & A. & in l. 5. §. 3. de dol. m. & met. exc.* annotavit *Giſan. in lectur. Altorf. h. t. 1. num. 77. 78.*

§. 7. Ita

§. 7. Italis eodem modo, ut Germanis dicitur, Factore. Hoc tamen circa hoc vocabulum Factoris notandum, ne promiſcuè de omni ſpecie inſtitorum accipias, qvod contigiſſe vidimus Hackelm. *part. 3. diſp. 6. § 16.* nam ſimplicem tabernæ miniſtrum ad vendendum ſaltem conſtitutum, uſu mercatorum, factorem nominari vix crediderim, qvam vis in hoc potisſimum regionum & emporiorum uſus inſpiciendus. Qvemadmodum etiam Itali peculiaria Appaltatoris & Appaltus nomina habent v. *deciſ. Rot. Rom Farin. 641.* qvæ qvomodo conveniant & differant, tractatur in *Deciſ. Rot. Gen. 14. n. 43.*

§. 8. Qvantum ad præſentem controverſiam attinet retinebimus poſteriorem vocis ſignificationem, qvæ utramq; ſpeciem tam ſimplicis miniſtri, (qvem in oppoſitione ad Factorem etiam hodie inſtitorem vocari poſſe putamus) qvam etiam Factoris cum liberiori poteſtate comprehendit, ita tamen ut ſi ratio identitatis patiatur & termini reperiantur habiles, idem de omnibus illis inſtitorum generibus in *d. l. 5.* ſit affirmandum, qvod de Factore dicetur.

§. 8. Hiſce præſuppoſitis jam ad rem ipſam progredimur, ubi ante omnia ſtatus controverſiæ eſt formandus, qvi talis eſt:

Qværitur. An inſtitor, qvi contractum nomine & ex negotio Domini celebravit, poſſit ex eo contractu etiam ipſe in ſua perſona conveniri, & præſertim Domino non ſolvendo facto ad ſolutionem de ſuis propriis bonis faciendam compelli?

CAPUT SECUNDUM.

Qvod enumerat contrarias DD. hac de re ſententias.

§. 1.

Circa hujus qvæſtionis deciſionem apud Veteres & modernos DD. tam variæ & diſcrepantes reperiuntur opiniones, ut qvod *Sigiſmundus Scaccia in tract. de commerciis. p. 451 n. 68. in ſimili tradit*, etiam hic non abſurdè dici poſſit, DD. hac in re inſtar textorum, qvi initio fili amiſſo, qvo magis penſum volvunt, eò magis intricant, ferè ignota per ignotiora tradidiſſe, & dum modo negando modo affirmando mire vagantur. *Cothm. vol. 3. reſp. 40.* lectorem nunqvam

Digitized by Google

non niſi ancipiti dubio ſuſpenſum dimiſiſſe, & ſane qvantas hæc opinionum varietas in praxi forenſi exciverit litium turbas, facilè ex *Gylmanno, Tom. 4. part. 1. vot. 32.* cuivis patebit, ubi idem in ſupremo Imperialis Cameræ dicaſterio acerrime fuiſſe diſputatum inveniet.

§. 2. BARTOLUS PRINCEPS JCTORUM ET LUCERNA JURIS *in l. ult. de inſt. act.* ſtatim in principio ſcribit: CONTRAHENS NOMINE OFFICII APPOSITO, IN DUBIO CONTEMPLATIONE OFFICII CONTRAXISSE CENSETUR, ET FINITO OFFICIO NON TENETUR. Contra in *conſil. 79. p. m. 52.* contrahenti cum inſtitore duplici via conſultum contra Dominum & contra inſtitorem: idem in *l. eandem. ff. de duobus reis.* Inſtitorem & Dominum non qvidem eſſe duos reos, utrumq; tamen teneri. Contra rurſus in *l. 67. de proc. inſtitor,* qvi ſe tantum obligat, ut ſibi tamen nihil qværatur, finito officio non tenetur. Rurſus *in l ult. de inſt. act n. 1.* qvidam dicunt, qvod inſtitor non teneatur finito, & ſic vobis poſui ſummarium, qvod non placet per dicta jura, qvod tamen relinqvo majori declarationi; hæc Bart. Qvæ loca oſtendunt ea qvæ *Emund. Merillius de variationibus Bartoli notat in variationibus noviſſ. Cuiac. lib. 1. cap. 11.* non omnino eſſe nulla, ac proinde bene obſervavit *C. A. 8. 13. de inſt. act.* Bartolum hac in re ſibi non conſtare, prout etiam in eadem vagabunda incertitudine hærere videtur Caſtrenſis, ſi ea qvæ in conſiliis ſcripſit cum iis qvæ ad *l. ult. & l. 67. de procurat.* fuſe tradidit, conferre velis.

§. 3. Paulo conſtantius alii veterum, ſed tamen nimis crudè tradiderunt, inſtitorem plane non obligari. Unde illud πολυθρύλλητον DD. FACTORES, LICET MILLE LITTERIS SESE DEBITORES SCRIBANT AC SE OBLIGENT, TAMEN NON POSSE CONVENIRI, QVIA VIDENTUR SCRIBERE UT FACTORES ET FACTORIO NOMINE, qvod ex *Angelo ad l. 9. ff. de duob. reis* refert *Decius conſil. 510. n. 5.* & ante Angelum ita quoque mirabiliter ſenſiſſe *Iacobum de Arena, Iacob. de Butrigariis, Cynus in l. 7. C. qui cum eo* & alii tradunt. Nec erubuit additionator ad Decium ſuſtinere ac tueri, illud ſic quotidie practicari & ex *Guilielmo Cumenſi ad l. cum mandat. C. ubi cauſa fiſcalis,* referre, eum ſtultum eſſe, qui cum Inſtitore contrahit, niſi vendat duplici nomine: proprio ſc. & inſtitorio, quod veteres quoque DD. agminatim ſecuti ſunt, Alex. *in l. 9. ff. de duobus reis,* Corneus *conſil. 223. in fin. lib. 3.*

Elbert.

bert. Leonin. *Conſil. 45. n. 1.* & recentius *Theſaur. quæſt. Forenſ. part. quæſt. 27. in fin.*

§. 4. Hanc impotentem tamen & nimis luxuriantem DD. aditionem, qva Domini Factores velut Imperatores mundi omni obligationis vinculo eximebantur, alii rurſus ut erroneam refutant. Ex qvibus primas tenet *C. l. A. θ. 13 de inſtit. act.* ubi graviter tendit, ſententiam hanc ita crude acceptam, de jure non poſſe ſubſiſtere, ante omnia v. *Bacch. in tract. de action. diſp. 8. θ 11.* prolixe hanc controverſiam examinat, & tandem ſimiliter contra DD. veteres pro affirmativâ concludit.

§. 5. Cujacius qvidem hanc controverſiam ex *l. ult. de inſt. act.* dirimendam ex profeſſo, qvantum ego ſciam, ſibi nulpiam propoſuit, niſi qvod *in Comment. Cod. de exerc. & inſt. act p. m. 115.* breviter ſcribit: *Utrumq; obligari & Dominum & inſtitorem, principaliter inſtitorem, acceſſorie Dominum.* Idem ſed ſaltem in generalibus terminis tradunt. *Sichard. ad tit. C. de exerc. act. n. 5. Mynſing. ad §. 2. inſt.* Qvod *cum Colleg. Colonienſe d. 24 θ. 54. Abbas conſil. 16.* & alii.

§. 6. Acqvieſcebamus jam affirmativæ ſententiæ à cujus partes principes Theoreticorum ſtare videbantur, cum rurſus celebriores hujus temporis Practicos, qvi poſt Cujac. & Bacchovium ſcripſerunt, moderatius tamen in veterum ſententiam proniores fuiſſe animadvertimus, ideoq; omninò altius inqvirendum, & originem hanc diſſenſionem inveſtigandam exiſtimavimus.

CAPUT TERTIUM.

Qvod expendit leges pugnantes, qvæ pugnantibus hiſce Doctorum ſententiis cauſam dederunt.

§. 1.

NEgativæ ſententiæ, ſcil. inſtitorem non obligari, primus Autor extitiſſe communiter creditur Jacobus de Arena, qvi vixit ſeculo tertio decimo poſt Chriſtum natum, diu ante Angelos, Decios, Caſtrenſes, &c, qvod ejus opiniones ſemper de mente legis extiterint, commendatur à *Guil. Förſter in hiſtoria iuris civilis c. 25.* Hic ſuæ opinio-

nionis fundamentum collocavit *in l. ult. de inſtit. actione*, in qvâ diſertè ſcribitur: Inſtitorem, qvi ex officio contraxit, non obligari. Hoc textu utpote claro & manifeſto negativæ ſententiæ Patroni opinionem ſuam fortiter tutati ſunt, idqve eò licentius, quod nullibi in jure traditum ſit, inſtitorem obligari, unde feſtivus eſt *Simon de Pratis dum conſil. 193. cent. 2. in fine* provocat omnes DD. ut ſibi monſtrent textum, qvo Inſtitoris obligatio expreſsè ſancita reperiatur. Qvin potius contrarium *in l. 6. §. 1. de neg. geſt.* & in aliis perſonis ex officio contrahentibus probari ex *l. poſt mortem 5. ff. qvando ex fact. tut. l. 2. pr. de adm. tut.* & paſſim.

§. 2. Contra affirmativæ ſententiæ Autores producunt *l. 1. §. 17. l. 5. §. 1. de exerc. act.* ubi dicitur & exercitorem & magiſtrum electivè poſſe conveniri, qvod idem in inſtitore dicendum. Verùm cum Antagoniſtæ hæc fundamenta facilè eluderent, qvod aliud in exercitore qvam in inſtitore. Cujacius *d. l.* addidit *Paulum in ſententiis lib. 2. tit. 8.* poſſit eſſe receptum ibi: Qvod cum diſcipulis eorum, qvi officinis vel tabernis præſunt, contractum eſt, in magiſtros vel inſtitores tabernæ, in ſolidum actio datur.

§. 3. Qvod ſcitum Paulinum cum rurſus ob defectum Autoritatis Legislatoriæ everteretur, tandem *C. A. d. 13. de inſtit. act.* attulit *l. 7. 11. ad SC. Macedon.* qvi textus cum expreſsè teneat Inſtitorem poſſe conveniri, ideò perpetuò *dict. l. ult. de inſt. act.* inſtar clypei ab affirmantibus fuit obtentus, præſertim cùm & argumento aliarum legum, tum etiam comparatione cum procuratoribus ad negotia fortius juvarentur.

§. 4. Et his textibus utitur etiam *Bacchov. d. tr. de action.* niſi qvod ex Bartolo etiam addat *l. 6. §. ult. Nautæ, Caupon.* ibi. Sed ſi abſolutus ſit exercitor, & poſtea agatur cum Nauta, &c. vel ob hoc ſolùm tamen, qvod loqvatur de delicto, in qvo nullum dubium eſt inſtitorem teneri, etiam minus concludentem. Reliqva jura, qvæ Colonienſe Colleg. & alii adducunt, vix merentur excuſſionem. Nam *Jaſon. in l. 29. ſi cert. pet.* qvem citat Col. Colon. de hac qvæſtione nihil tradit, ſed ex Angelo refert, ut Dominus ex contractu ſui factoris, ita viciſſim inſtitorem ex contractu Domini obligari, qvod æqve abſurdum reputavit *C. A. dict. l.* Sanè vetus ille Abbas *conſil. 16.* pro

ſua.

Digitized by Google

ſua opinione, qvam tamen communem dicit, (Inſtitorem ſc. indiſtinctè etiam finito officio teneri) nec textum nec Autoritatem adducit, ſed potius alibi in c. *adverſus 7. x. de imm. Eccleſ. n. 14.* directò contrarium referendo, ſibi fœdè contradicit.

CAPUT QVARTUM:

Qvod recenſet varias DD. circa hoſce textus conciliationes.

§. 1.

HAſce è diametro pugnantes leges nimirum *l. ult. de inſtit. act.* & *l. 7. §. 11 ad SC. Maced.* ortasq; inde contrarias opiniones varii variè componere allaborarunt. Imprimis qvi affirmativam tuentur multum laborant, ut ad *l. ult.* reſpondeant.

§. 2. Bartolus, qvi ſibi ipſi & ſuo principio ſc. inſtitorem non teneri objicit *l. 1. §. 17. de exerc. act.* refert *in d. l. ult.* Inſtitorem non contraxiſſe, ſed ſolum ſtipulationem feciſſe, continentem verba enunciativa de præterito, ſeu ut Baldus refert, de pacto. Et qvod illud in dubio factum videatur ad menſæ fidem proteſtandam.

§. 3. *Jaſon in §. 10. Actiones Inſt. de Act.* reſpondet *in d. l. ult.* Inſtitorem non promiſiſſe, ſed tantum confeſſum fuiſſe penes menſam ſuam eam pecuniæ ſummam exiſtere; ex cujusmodi extrajudiciali confeſſione, nec obligationem nec actionem naſci poſſe; qvam reſponſionem refert etiam *Coſtalius ad d. l. ult.* eamqve attribuit Baldo; utramq; conjunxit *Bacchov. d. l.* neutra tamen ipſi ſuffecit, ſed ipſe ſibi potius faceſſens negotium, ad infirmandas haſce veterum reſponſiones duplex objicit argumentum, idqve ſuo more pro lubitu ratiocinando diſſolvit, & tandem qvamvis aliis verbis, re ipſa tamen idem, qvod veteres reſpondet, nempe in atteſtatione de pecunia apud menſam exiſtente verſari nudum officium & hinc Inſtitorem *in dict. l. ult.* non obligari, ſecus eſſe, qvando non nudè atteſtetur, ſed etiam contrahat, nam tunc eum ex natura contractus ſuam perſonam obſtringere, ut proinde non poſſit evitare, qvo minus ejus perſona obligatione affecta conveniatur.

§. 4. Alii veterum diſtingvunt inter contractus μονοπλεύρους

& διπλεύρυς, qvod in illis v. g. emtione & venditione, efficaciter obligetur Inſtitor, in his verò neqvaqvam, & in his terminis loqvi *d. l. ult.* de reliqvis textus affirmantes: qvam diſtinctionem ex Veteribus video tradidiſſe *Caſtrenſem in l. 67. de procur.* eamqve multis DD. allegationibus commendat *Caldas in tract. de emtione & vend. cap. 15. num 59.*

§. 5. Tandem reperiuntur nonnulli, qvi differre ajunt, an inſtitor contrahat Domino præſente, an vero abſente; hoc caſu inſtitorem teneri ſolum, eò qvod contrahens non potuerit reſpicere Dominum, qvi non eſt præſens, ſed ſolum inſtitorem reſpexiſſe præſumatur; priori verò caſu contrà ex ratione oppoſita ſolus Dominus teneatur, non inſtitor: hanc reſponſionem *ex Caſtrenſi conſil. 20. retulit Socinus conſil. 154.* & recentius ejus veſtigia apparent *in deciſ. Rotæ Gen. deciſ. 14. n. 98.* eam tamen periculoſam & dubitabilem dicit *Decius in l. 29. ſi certum petatur, n. 5. per l. 19. §. 2. ff. de iudic.* prout eundem refert & ſeqvitur *Döringius in Bibliotheca iuris, verbo adminiſtr. n. 105.*

§. 6. Hæ reſponſiones cum recentioribus non ſatisfacerent, qvidam affirmantium opinionem eo caſu admiſerunt, qvando inſtitor ſeſe etiam ſuo nomine ac ſic ſpeciali obligatione adſtrinxit, cujus opinionis choragus videtur *Treutlerus 1. diſp. 24. θ. 7. lit. d.* ibi: *qvorum ſententia tunc vera eſt, ſi ſe ſuo nomine etiam obligarint Inſtitores,* qvem ſeqvitur & plures allegat *Hoenon. diſp. 20. θ. 5. lit. d. VVeſner. diſp. 16. θ. 1. lit. c. Harprecht. ad §. 2. inſt.* *Qvod cum eo* idqve ex *Duareno c. 4. de inſt. act.* qvoqve tradit *Hunnius in reſolut. theſium Treutler. d. θ. 7 p. m. 1598.* noviſſimè ſecutus eſt *Perezius in Comment. Cod. ad tit. de inſt. act. n. 10.* Verum cum & hanc Treutlerianam reſponſionem in animadv. *ad d. θ. 7.* more ſuo ſugillet Bachovius, eamqve de ratione juris conſiſtere non poſſe, contendat, nec ei absq; ulteriori declaratione qvem tutò poſſe inniti viſum fuit.

CAPUT QVINTUM.

Qvo exhibetur media qvorundam DD. ſententia.

§. 1. Per-

§. 1.

PErpetuas haſce DD. variationes cum animadverterent Docti Viri, plurimi mediam ſententiam, qvæ ſemper ſolet eſſe humanior *Ant. Fab. in rat. ad l. 19. §. 1. de pecul.* eligentes, textus pugnantes ſic conciliarunt, ut *l. 7. §. 11. ad SC. Maced.* & ſimiles ad caſum officii durantis reſtringerent *l. ult. de inſt. act.* officii finiti. Cujus ſententiæ inter modernos Principem video *VVeſenbecium in paratitlis n. 6.* ibi: *durante præpoſitione* & *in Comm. Cod. ad Tit. de exerc. & inſt. act.* Eundem ſeqvi videtur *C. A. tit. qvando ex facto tut. §. 4.* in medio, ubi docet: *tutores finito officio non conveniri* & mox ſubdit, *uti nec inſtitor. l. ult. de inſt. act.* ex qvibus verbis omnino colligitur, affirmativam ſententiam, qvam tradit *d. §. 13. de inſtit. act.* qvatenus ille durante officio convenitur, intelligendam. Nam Virum Doctiſſimum Dn. D. Meierum p. m. in hoc libro tam accurata ſolicitudine congeſto, ſententiam poſtea mutaſſe, nec ejus mentionem feciſſe, præſumendum non eſt.

§. 2. Nec omni ratione videtur deſtituta hæc diſtinctio, nam & figuratio caſus *in d. l. ult.* ibi: *Lucio Titio defuncto:* oſtendit inſtitorem demum finito officio fuiſſe conventum. Si enim nulla amplius fuerunt bona vel merces, in qvibus inſtitor officium ſuum negotiando facere potuiſſet, ratio ſuadet officium fuiſſe finitum v. *Stracch. tr. de nautis p. 7. n. 1. p. 432.* & propterea improbabile non ſit, Scævolam in deciſione ſimul ad terminos, in figuratione caſus propoſitos, reſpexiſſe, cum textus affirmantes nullibi dicant inſtitorem finito officio conveniendum, licet fateri cogamur, hac ſola diſtinctione nondum omnem difficultatem ſublatam, tum qvod ratio decidendi non ſolum in eo conſiſtat, qvod finito officio fuerit conventus, ſed generaliter ad terminos durantis & finiti officii reſpiciat, *Qvia id ex officio ſcripſit*, tum vero ſi inſtitor revera obligatus ſit, etiamſi centies officium finitum ſit, tamen non liberetur, ac propterea ad plenariam cauſæ deciſionem, imprimis qvatenus durante officio conveniri debeat, eam non ſufficere, non ita pridem Magni Viri obſervarunt.

§. 3. Nihilominus tamen, cum & legibus non inimica, in praxi forenſi recepta & præjudiciis munita reperiatur hæc ſententia, eandem hactenus admittendam putamus, ut Inſtitor ex contractu nomine Domini celebrato, ſi ſe in ſpecie fidejubendo non obligavit,

finito

finito officio etiam ab omni actione, qva durante pro qvalitate officii tenebatur, ſit abſolvendus, caſibus tamen qvibusdam ſpecialibus in *c. ult.* enumerandis, exceptis.

§. 4. Et hanc ſententiam eò lubentius amplectimur, qvod poſt varias diſputationes etiam Veteres qvosdam in eadem acqvieviſſe videmus. Præcipuè Bartolus, qvi, ut ſupra dictum eſt, ſuam ſententiam reliqviſſe, majori declarationi viſus fuit, *in alia lectura ad d. l. ult.* ubi ſe forſan declarare voluit, ſic concludit: *Ideo debes eſſe cautus, & ſi inſtitori mutuas pecuniam pro officio, debes convenire dominum non inſtitorem.* Idem ſed tamen moderatius, qvoad officium ſc. finitum conſuluit *Alex. Tartag. conſil. 44 n. 9.* ibi: *ſecundum verum & magis communem intellectum*, & poſtmodum plures alii ſecuti fuerunt.

§. 5. In qvibus præcellunt celebriores hujus & præteriti ſeculi Practici, *Stracch. in deciſ. Rotæ Genuenſ. deciſ. 14. num. 64*, ibi: *qvoniam finito officio inſtitor non tenetur. Colerus part. 2. deciſ. 248. qvi allegat. Lipſ. deciſ. 507. vol. 1. Schneiduv. ad §. 2. Qvod cum eo, n. u. p. m. 1638. Harſolt. in exqviſito tract. de action. 22. p. m. 256.* noviſſimè omnium *David Mevius in comm. ad ius Lübecenſe lib. 3. tit. 6. art. 8. p. 198.* ibi: *haud tamen depoſito officio conveniendi ſunt, qvia eo ipſo perit illa actio l. fin. de inſtit. act.* Idqve tandem, qvi nobis inſtar omnium eſſe poſſit, etiam in terminis definit Princeps Practicorum Germaniæ *Benedictus Carpzov. part. 2. conſtit. 20. def. 14. ubi id duabus præiudiciis confirmat.* ibi: Da er aber nicht mehr in Dienſten/möchte er von Euch der Widerbezahlung halber nicht belanget werden.

CAPUT SEXTUM.

Qvo expenditur qvædam opinio Arnoldi Vinnii, qvatenus inſtitor durante officio conveniri poſſit.

§. 1.

HIsce ſic ex DD. & qvotidianâ praxi deductis, jam extra omnem dubitationis aleam poſitum videbatur, tum propter *l. 7. §. 11. ad SC. Macedonianum*, tum propter dictas Autoritates, durante officio inſtitorem omnino teneri, eumq; ad ſolutionem compelli ſine diſcrimine

mine

mine poſſe Verum enim vero illud de novo dubium reddidit *Arnoldus Vinnius, qvi in noviſſimo Commentario Inſtitutionum* ad *§. 2 Qvod cum eo*, eandem controverſiam diſputat, & opinatur, de jure civili inſtitores omninò conveniri & obligari, veruntamen in praxi id non eſſe receptum ſive, qvod idem eſt, de conſuetudine non ſervari.

§. 2. Quam periculoſum hoc ſit ſtatim totos textus ex praxi Forenſi eliminare nuperrimè aliquot locis graviſſimè monſtravit Dn. D. Tabor Anteceſſor hujus Academiæ celeberrimus, Præceptor ac hoſpes omni obſervantia colendus. Ideoqve hæc ſententia Vinnii omnino penitius inſpicienda videbatur.

§. 3. Allegat autem ad fundandam ſuam theſin *Chriſtinæum volum 3. decif. 33. n. 9. & Coſtalium ad l. 1. §. 17. de exerc. act.* Chriſtinæum qvod attinet, ille ad *Tit. Cod. de inſt. act.* in allegato loco *n. 12* quidem nomina harum actionum exercitoriæ & inſtitoriæ in deſuetudinem abiiſſe ſcribit, hoc autem, qvatenus inſtitor ipſe obligetur, cum Angelo ex *l. ult.* non abrogatione forenſi decidit, ſanè nomina inſtitoris & magiſtri hodiè parum freqventari etiam obſervatur, in *Deciſ. Rot. Gen.* 109. cui Patronus navis idem eſt ac Magiſter. Et inſtitores hodie qvidem factores nominari notat, *VVegn. diſp. 16. ad inſtitut. th. 1. lit C.* qvi tamen licet antiqvata ſola voce inſtitoris uſum inſtitoriæ & exercitoriæ in hodiernis illis factoribus adhuc ſupereſſe egregium, teſtatur. Inde autem illos juris textus per deſvetudinem velle abrogatos concludere nimis qvam audax facinus videbatur.

§. 4. Qvantum ad autoritatem *Coſtalii, qvi ad l. 1. §. 17. de exerc. act. refert placitum Curiæ Pariſienſis, quo decretum fuit, inſtitores ex contractibus nomine Dominorum celebratis, non rectè conveniri, ſed in Dominos intentandam actionem*, illud placitum nec ita crudè & Judaicè accipiendum, qvin potius forte ad terminos finiti officii, vel eo ſenſu, qvem ſeqventi concluſione ex Alciato allaturi ſumus, intelligendum arbitramur, & ſi abſolutè etiam ita ſenſiſſet Coſtalius, tamen ejus autoritate ſolâ opinio Vinnii parum fulta erat, cum facilè refutari poſſit ex *c. 9. X. de divort. Qvid hæc ad nos, quæ in Gallia agnntur, qvi in Germania vivimus.* Unde neqvaqvam Arnoldo Vinnio ſubſcribendum putavimus. CA-

Digitized by Google

CAPUT SEPTIMUM.

Qvod producit veram ac genuinam ſententiam, quatenus inſtitor durante officio conveniri debeat.

§. I.

NE itaqve amplius fluctuemus placuit tandem in ea acqviescere ſententia; qvam *ad l. 29 ff. de rebus cred.* approbavit *Alciatus Jureconſultus*, judicio *Zaſii l. ſingular. reſp. n. 17.* exactiſſimæ eruditionis, *Julii Clari in §. teſtamento quæſt. 46 n. 2.* Lumen & decus juris civilis & Canonici v. *Hering de Fidejuſſ. c. 27. n. 38* & cui omnes Itali lubentes primas deferunt. *Carpz. in præfat. ad defin. forens.* egregiè æſtimatus.

§. 2. Hic inqvam ad *l. 29. de reb. cred.* docet, inſtitorem ex contractu Domini nomine initio durante officio qvidem poſſe conveniri, ſed tamen ad eum effectum tantum, ut ſolutionem procuret, & de bonis & pecunia Domini, qvam adminiſtrat ſolvat: De ſuo verò non teneri *l. ult. de inſt. act.* idqve ſive expreſſè contraxerit nomine Domini, ſive ſimpliciter: Inde tamen appareat, potiſſimum contemplatione Domini contractum fuiſſe celebratum *l. 6. §. 1. de neg. geſt. l. 5. poſt mortem ff. qvando ex fact. tut. l. 2. §. 1. de admin. tut.* ubi etiam aliæ perſonæ ex officio contrahentes, gravius non adſtringuntur.

§. 3. Itaqve ut tandem ad ſcopum deveniamus, ex prædicta Alciati doctrina, arbitramur & nos, totam hanc pugnam DD. facilimè componi poſſe: Si concedamus, Inſtitorem ex contractu nomine Domini celebrato, qvidem teneri *l. 7. §. 1. de inſt. act.* ſive ut *in l. 7. §. 11. ad SC. Macedon.* conveniri, ſed non ulterius, qvam qvalitas incumbentis officii permittit, hoc eſt actionem judicati, exemplo tutorum, ſub hac exceptione, qvod ex officio contraxerunt. *Cuj. 20. obſerv. 39.* in eos eorumqve bona propria denegandam *l. 4. §. 2. ff. de re jud.*

§. 4. Atqvi, inqvies, ſic obligatio in effectu erit inanis & nulla *l. [illegible] de dolo.* Reſp. non ſeqvitur, non tenetur de ſuo, E. ad nihil tenetur, neqve enim plane ſine effectu eſt illa obligatio.

(1) Te-

Digitized by Google

(1) Tenebitur inſtitor omnino ſervare contractum, qvem nomine Domini iniit boni viri arbitratu, nec ipſe ex ſua perſona illi contractui contravenire poteſt, ſed qvia verba ligant homines, ſtabit contractui, nec reſiliet, ſed tamen, qvia hæc obligatio ex re & negotio Domini deſcendit, qvantum in ſe eſt. v. *Hugon. Grot. lib. 2. de Iur. belli & pac. c.* 10. *n.* 1. h. e. qvamdiu officio inſtitoris fungitur, & res Domini adminiſtrat, tenebitur ex re & de bonis Domini, quæ in manibus habet omnino ſatisfacere, ideoqve non audietur inſtitor, ſi fortè nomine Domini contraxerit, & inde conveniatur, ſtatim Dominum ſuum delegare, Sie an ſeine Principalen weiſen/nec quantum in ſe eſt, ſtare velit contractui, cum ad hoc, ut pro qvalitate officii ſatisfaciat, ex illo ſuo facto omnino teneatur *l. 42. di pign. act.* Imò etſi à Domino contractui ſatisfacere prohibeatur, ipſe tamen adhuc habeat tradendi facultatem omnino, ut ſolvat à judice cogi poterit, vel ſi pecunia Domini parata non adſit, ut cedat bonis Domini ſui eaqve creditoribus relinqvat, ſiqvidem & ille defendit, qui patitur creditores in bonorum poſſeſſionem venire. *l. 35. §. ult. de procur.*

§. 5. Nec timebit hoc caſu Dominum, ſed excuſabitur, qui à judice coactus ſolvit l. 167. de *Reg. iur. ubi Petr. Fab.* nam & hic plene liberatur *Deciſ. Rot. Gen* 33. *n.* 6. *p.* 134. quia judicis juſſum eum ſublevat *Capyc. dec.* 123. ex qvibus prono alveo fluit, ſi Dominus mandet inſtitori, ut Titio certam ſummam ſolvat, poſt qvam inſtitor eam Titio nomine Domini promiſit, & ſeſe pro qvalitate officii obligavit, reſilire amplius neqvit ſub prætextu mandatum à Domino eſſe revocatum *arg. l. 27. de conſtit. pec. l. 24. de pignor. act. C. J. A. 0. 8. de conſtit. pec. qvia* Dominus mandatum illud in præjudicium Titii revocare neqvit *l. 12. §. pen. l. 15. C. Mandat.* utpote re non amplius integra *Deciſ. Rot. 13. num. 22. num. 57. & Dec. 73. num. 2. & Maril. deciſ. 54.*

§. 6. 2. Effectus hujus obligationis ex officio emergentis conſiſtit in eo, ut ſi inſtitor ipſe forſan ex ſua pecunia ſolverit, qvamvis Dominus poſtea fiat non ſolvendo, ille tamen contra proprium factum venire non poſſit, & ſi rurſus velit pecuniam condicere, repellatur exceptione, qvo pertinent *l. 49. mand. l. 5. §. 4. de doli mali &*

Digitized by Google

met.ext. Ratio eſt in eo qvia jura proniora ad liberandum qvam obligandum *l. 47. de O. & A. Ritterſh. in novell. lib. 2. c. 5. n. 6.* & ille ſibi imputet, qvod officii terminos egreſſus, de ſuo ſolvit, ad qvod non tenebatur, præſumitur enim animo donandi vel fidejubendi, pro Domino ſolviſſe *l. 47. §. 1. de adm. tut. l. 82. de Reg. iur.* æqvum E. eſt, ut id à ſuo Domino repetat, pro qvo ſolvit, non ab eo qvi ſuum recepit *l. 44. de condict. indeb.* cum non interſit, an is de ſuo, an vero de pecunia Domini ſolverit *l. 6. §. ult de condict. in deb. Cuiac. in Papin. lib. 3 reſponſ. ad l. 57. eod.* Et hoc eſt, qvod *Gabriel. comm concl. lib. 3. c. 2. n. 23. p. 302.* in terminis tradit, qvamvis nomine alieno contrahens ſibi non præjudicet, ut actione efficaci de ſuo conveniri poſſit, tamen in eo præjudicat, *ut ipſe conſentiens, ſi non velit ſervare contractum, exceptione repellatur*, per *l. 10. de reb. cor. C. A. d. 16. n. 4 de reb. cor. qvi ſub.*

§. 7. (3) Effectus illius obligationis in eo vim ſuam exerit, ut ſi fortè controverſia ex contractu Domini incidat, inſtitor ex ea in judicio conventus, pro Domino reſpondere cogatur: Nam & cujusvis privati adminiſtratoris officium in qvinqve conſiſtit, in rebus rectè colendis tuendisve: In ære alieno diſſolvendo: In rebus diſtrahendis cum expoſcit utilitas: In pecuniis debitis exigendis: & in actionibus creditorum ſuſcipientis, inqvit, *Donell. lib. 19. com. iur. civ. c. 15. circa fin.*

§. 8. Id magis juvat, qvod leges affirmantes, ut plurimum loqvuntur poſſe eum conveniri, eum teneri, & in eum dari actionem, qvemadmodum etiam curator bonorum *l. 2. §. 2. de Curat. bon. dant.* Qvi licet non perſonæ, ſed bonis detur, tamen perſonam debitoris repræſentat hactenus ſaltem, ut actiones creditorum excipere cogatur, inqvit, *Ant. Fab. lib. 4. tit. 7. def. 13.* Nam cum inſtitori vel factori univerſali negotiationi præpoſito tacitè ea videantur conceſſa, qvæ Dominus circa illam negotiationem probabiliter ipſe eſſet facturus *l. 12. de pignor. act. l. 20. ff commod. Mozz. de mandato n. 18. p. 701.* & omnis mandatarius debeat ſeqvi veriſimilem mentem mandantis. *Dec. Rot. Gen. 174. n. 14.* ſeqvitur, cum, ſi lis incidat ex contractu nomine Domini celebrato, bona fide judicium ſubire debere, *Clem. 1. de procur.* & qvidem ibi, ubi contractus celebratus eſt, *l. 19. §. 3. de judic.* ubi ipſe qvoq; Dominus conveniri

poſ

Digitized by Google

poteſt *d. l. 19.* idqve in diſtinctè, etiamſi Dominus eò loci non inveniatur, ſed ſaltem bona ibi habeat, defendit *Ræner. animadverſ. Pract. c. 31. n. 6 & 7.* & oſtendit modum qvomodo citari debeat. v. *Zanger. de except. part. 2. c. 1. n. 50.* an v. qvis inſtitorem etiam ex contractu ipſius Domini alibi celebrato convenire poſſit. qvam conſvetudinem Venetiis eſſe ſcribit *Capolla part. 2. conſil. 14. n. 15. & 34.* præter *Jaſonem in d. l. 29. de reb. creditis* affirmantes paucos reperias, niſi forte Jaſonem ex ſimili conſvetudine locutum fuiſſe, benignè interpretari velis.

§. 9. (4) Illius obligationis effectus conſiſtit in præſtandâ poſſibili ad procurandam ſolutionem diligentia *A. c. d. l.* Neq; enim ad aliud tenetur, qvi tanqvam procurator ſive actionis ſive exceptionis nomine convenitur, qvam ut præſtet diligentiam, verba ſunt; *Ant. Fab. lib. 8. tit. 31. def. 6. n. 3.* Sicuti rurſus in hanc ſententiam DD. tradunt, qvod negotium ad aliqvem ſpectet vel re ipſa, vel ratihabitione, vel ipſo geſtu vel deniq; cura & ſollicitudine, ut magiſtraliter docet *Azo in ſumm. Cod. de neg. geſt.* qvem laudat *Marchiſell. quæſt. pract. 57. num 3.* Non enim ſemper eum, qvi factum alienum promiſit, ad id, qvod intereſt, teneri: modo facere non omiſerit, quod ex ſua parte ad id factum obtinendum facere poterat; niſi verba aut negotii natura obligationem inducant ſtrictiorem, inqvit *Hugo Grot. de iur. bell. & pac. lib. 2. c. 11. n. 22. in fin.*

§. 10. Et hanc ſententiam, ut juri amicam & æqvitati, qvam in cauſis mercatorum ſolutius ſeqvimur, conſentaneam, etiam ante Alciatum tradidiſſe video Numen juriſtarum Baldum, dum *in l. ult. de inſtit. act.* in hæc verba definit, non inſtitorem, ſed Dominum *effectualiter* teneri, qvâ emphaticâ locutione eum ſingulare voluiſſe, illum de ſuo non teneri, ſubjecta ibi exempla perſonarum ex publico officio contrahentium demonſtrant. Imo multos veterum ita ſenſiſſe prolixè oſtendit *Ronchegall. in tract. de duobus reis ad l. 9. ff. eod. n. 76 & per tot.*

§. 11. Ex recentioribus, & qvidem omnium noviſſimè idem tenet *Hunnius in Encyclopadia tit. de executione ſentent. c. 4. n. 17.* ibi *in bona inſtitoris executionem fieri non poſſe. & allegat. Florid. Manſ. xium in cauſis executivis ampliat. 4. n. 18.* (qvem autorem, qvamvis diligenter conqviſitum, inſpicere non licuit. *Parladorium lib. 2. rer. quotid. part. 4.*

§. 3 n. 3. Boerinum[illegible] decis n. 2. Idemqve ſeqventes Practici conſtanter uno ore confirmant. *Heig. ad §. 2. Qvod cum eo. Marchiſell. in ſylv. quæſt. 57. per tot. Simon de Prætis. centur. 2 conſil. 139. in fin. ibi inſtitorem non teneri de ſuo. Anton. Hering. in tract. de Fidejuſſ. c. 27. part. n. 136.* ubi differre inſtitorem à fidejuſſore in eo docet, qvod ille quando ex officio contrahat ſeſe non velit obligare, hic ſe ut principalem conſtituat. *Gylman. Symphor. Tom. 4. part. 1. vot. 32. n. 10. ibi: teneri quidem ſolutionem procurare, vel ſolvere de bonis præponentis: non autem de propriis, quæ omnia in eo caſu procedunt, quando contractum eſt nomine inſtitoriæ.* Barboſa in ſuo Codice ad *tit. de exerc. & inſtit. act. n. 4 & ſeqq.*

§. 12. Ex eodem fundamento negat quoq; *Berlich. part. 1. concluſ. 75. n. 38.* inſtitores poſſe arreſtari, idque in judicio ſe obtinuiſſe teſtatur. Idem ſtatuit *Godofr. in Praxi civili lib. 2. tit. 4. n. 12.* ubi doctrinam Alciati ad verbum ſeqvitur. Nec aliter, qvam in his terminis admittimus *Mozz. de contractibus p. m. 724.* qvando indefinitè ſcribit: *Inſtitorem cum facit, quæ ad præſtanda ſuſceptæ functionis pertinent, non obligari. Deciſ. Rot. Gen.* (qvas in toto mundo à mercatoribus obſervari jubet *Scacc. tract. de comerc. p. 413. n. 12.*) *in deciſ. 14. n. 64.* verbo: *ſi fuiſſet inſtitor non potuiſſet obtinere (actor. ſc. contra eum) qvia non tenebatur & n. 89. qvia regulariter inſtitor non remanet obligatus,* & tandem omnes illos, qvi tunc demum inſtitorem obligari volunt, ſi ſuo nomine contraxerit, ſeu ſeſe obligare voluerit, ex qvorum numero *Trentler. Harprecht. Perezium* & alios ſupra *c. 4.* adduximus, in hiſce terminis intelligendos putamus.

Nec diſſentit Nobiliſſimus Gallorum Practicus Mornacius, qvamvis enim in *d. l. ult. de inſt. actio.* potentum & illuſtrium diſpenſatores fortè propter potentiam Dominorum & difficultatem conveniendi, exceptione officii non adjutos, ſed decreto Curiæ etiam ut de ſuo ſolverent condemnatos, fateatur, tamen in fine illud ad ſolos diſpenſatores potentum reſtringendum monet, in aliis ſecus eſſe; idqve aliqvo Curiæ p/a cito ex arreſtis ſeu decretis Lovetianis confirmat & repetit ad *l. ult. ff. Si qvis caut.*

§ 13. Qvibus omnibus veluti palmarium teſtimonium ſuperaddimus iterum Principem Practicorum *Bened. Carpzov.* qvi illud, quod in definitionibus Forenſibus ſimpliciter aſſeruit, inſtitorem

duran-

Digitized by Google

durante officio teneri per *l. 7. §. 11. ad SC. Maced.* poſtea in recentiſſimis conſiliis Electoralibus perſpicuè declaravit, qvouſqve illa obligatio ſeſe debeat extendi. Sic enim *lib. 4. conſilior. tit. 10. conſil. 10. n. 6.* ſcribit: Si de voluntate adminiſtratoris ſeſe ſuosque heredes ſpecialiter obligare voluiſſe, non appareat, in dubio non ſine ſuæ adminiſtrationis, qvam gerit, contraxiſſe videbitur, ac proinde ut de ſuo proprio ſolvat, nec conveniri nec condemnari poteſt, &c. qvamvis autem in eo conſilio de officiali, ſeu qvi gerit publicum officium agat, tamen qvia numero ſeqventi expreſſè noſtram *l. ult. de inſt. act.* allegat, & tandem hæc verba ſubjungit, qvod *ex l. ult.* probetur, procuratorem nomine Domini, vel admininiſtratorem, qua talem mutuo pecuniam ſumentem, de ſuo non teneri, an plius dubium eſſe non poteſt, in eo qvi gerit officium privatum, idem ſtatuendum

CAPUT OCTAVUM.

Quod examinat fundamenta juris, quibus Alciati opinio innititur.

§. I

ET hactenus prædicta Alciati ſententia Autoritatibus ſatis vallata videbatur. Veruntamen cum JCti erubeſcant ſine lege loqui, paucis quoque expendendum erit, qvibus fundamentis hæc opinio ſeſe tueri poſſit, ne cum Vinnio ad miſerum deſuetudinis & tacitæ abrogationis præſidium confugiendum.

§. 2 Primum Fundamendum Alciatus collocat *in d. l. ult. de inſt. act.* ejusqve verbis finalibus: *Nec iure his verbis obligatum nec æquitatem eum aonveniendi ſupereſſe, cum id inſtitoris officio ad proteſtandam fidem menſæ ſcripſiſſet.* In qvibus decidit Scævola, Inſtitorem *his verbis, nempe apud menſam Domini ſui eſſe tot aureos, qvos numerare deberet*, ex (qvibus alius, ſi ſuo nomine ea ſcripſiſſet, omnino obligatus fuiſſet *l. 24. l. 26. de conſt. pecun.*) *non obligatum nec æquitatem eum conveniendi ſupereſſe*: Non ideò, qvia extra judicialiter confeſſus eſt, ut Jaſon putat, vel qvia verba nuda enunciativa de pacto, ut Bartol. ex veteri lectura retulit, nam expreſſè dicitur in figuratione caſus, eum caviſſe, id eſt promiſiſſe, ſed hac unica & ſolida ratione, *qvia id*

Digitized by Google

& διπλεύρως, qvod in illis v. g. emtione & venditione, efficaciter obligetur Inſtitor, in his verò neqvaqvam, & in his terminis loqvi *d. l. ult.* de reliqvis textus affirmantes: qvam diſtinctionem ex Veteribus video tradidiſſe *Caſtrenſem in l. 67. de procur.* eamqve multis DD. allegationibus commendat *Caldas in tract. de emtione & vend. cap. 15. num 59.*

§. 5. Tandem reperiuntur nonnulli, qvi differre ajunt, an inſtitor contrahat Domino præſente, an vero abſente; hoc caſu inſtitorem teneri ſolum, eò qvod contrahens non potuerit reſpicere Dominum, qvi non eſt præſens, ſed ſolum inſtitorem reſpexiſſe præſumatur; priori verò caſu contrà ex ratione oppoſita ſolus Dominus teneatur, non inſtitor: hanc reſponſionem *ex Caſtrenſi conſil. 20. retulit Socinus conſil. 154.* & recentius ejus veſtigia apparent *in deciſ. Rotæ Gen. deciſ. 14. n. 98.* eam tamen periculoſam & dubitabilem dicit *Decius in l. 29. ſi certum petatur, n. 5. per l. 19. §. 2. ff. de iudic.* prout eundem refert & ſeqvitur *Döringius in Bibliotheca iuris, verbo adminiſtr. n. 105.*

§. 6. Hæ reſponſiones cum recentioribus non ſatisfacerent, qvidam affirmantium opinionem eo caſu admiſerunt, qvando inſtitor ſeſe etiam ſuo nomine ac ſic ſpeciali obligatione adſtrinxit, cujus opinionis choragus videtur *Treutlerus 1. diſp. 24. θ. 7. lit. d.* ibi: *qvorum ſententia tunc vera eſt, ſi ſe ſuo nomine etiam obligarint Inſtitores,* qvem ſeqvitur & plures allegat *Hoenon. diſp. 20. θ. 5. lit. d. VVegner. diſp. 16. θ. 1. lit. c. Harprecht. ad §. 2. inſt.* *Qvod cum eo* idqve ex *Duareno c. 4. de inſt. act.* qvoqve tradit *Hunnius in reſolut. theſium Treutler. d. θ. 7 p. m. 1598.* noviſſimè ſecutus eſt *Perezius in Comment. Cod. ad tit. de inſt. act. n. 10.* Verum cum & hanc Treutlerianam reſponſionem in animadv. *ad d. θ. 7.* more ſuo ſugillet Bachovius, eamqve de ratione juris conſiſtere non poſſe, contendat, nec ei abſq; ulteriori declaratione qvem tutò poſſe inniti viſum fuit.

CAPUT QVINTUM.

Qvo exhibetur media qvorundam DD. ſententia.

§. 1. Per-

§. 1.

PErpetuas haſce DD. variationes cum animadverterent Docti Viri, plurimi mediam ſententiam, qvæ ſemper ſolet eſſe humanior *Ant. Fab. in rat. ad l. 19. §. 1. de pecul.* eligentes, textus pugnantes ſic conciliarunt, ut *l. 7. §. 11. ad SC. Maced.* & ſimiles ad caſum officii durantis reſtringerent *l. ult. de inſt. act.* officii finiti. Cujus ſententiæ inter modernos Principem video *VVeſenbecium in paratitlis n. 6.* ibi: *durante præpoſitione* & *in Comm. Cod. ad Tit. de exerc. & inſt. act.* Eundem ſeqvi videtur *C. A. tit. qvando ex facto tut. §. 4.* in medio, ubi docet: *tutores finito officio non conveniri* & mox ſubdit, *uti nec inſtitor. l ult. de inſt act.* ex qvibus verbis omnino colligitur, affirmativam ſententiam, qvam tradit *d. §. 13. de inſtit. act.* qvatenus ille durante officio convenitur, intelligendam. Nam Virum Doctiſſimum Dn. D. Meierum p. m. in hoc libro tam accurata ſolicitudine congeſto, ſententiam poſtea mutaſſe, nec ejus mentionem feciſſe, præſumendum non eſt.

§. 2. Nec omni ratione videtur deſtituta hæc diſtinctio, nam & figuratio caſus *in d. l. ult* ibi: *Lucio Titio defuncto:* oſtendit inſtitorem demum finito officio fuiſſe conventum. Si enim nulla amplius fuerunt bona vel merces, in qvibus inſtitor officium ſuum negotiando facere potuiſſet, ratio ſuadet officium fuiſſe finitum v. *Stracch. tr. de nautis p. 7. n. 1. p. 432.* & propterea improbabile non ſit, Scævolam in deciſione ſimul ad terminos, in figuratione caſus propoſitos, reſpexiſſe, cum textus affirmantes nullibi dicant inſtitorem finito officio conveniendum, licet fateri cogamur, hac ſola diſtinctione nondum omnem difficultatem ſublatam, tum qvod ratio decidendi non ſolum in eo conſiſtat, qvod finito officio fuerit conventus, ſed generaliter ad terminos durantis & finiti officii reſpiciat. *Qvia id ex officio ſcripſit,* tum vero ſi inſtitor revera obligatus ſit, etiamſi centies officium finitum ſit, tamen non liberetur, ac propterea ad plenariam cauſæ deciſionem, imprimis qvatenus durante officio conveniri debeat, eam non ſufficere, non ita pridem Magni Viri obſervarunt.

§. 3. Nihilominus tamen, cum & legibus non inimica, in praxi forenſi recepta & præjudiciis munita reperiatur hæc ſententia, eandem hactenus admittendam putamus, ut Inſtitor ex contractu nomine Domini celebrato, ſi ſe in ſpecie fidejubendo non obligavit,

finito

finito officio etiam ab omni actione, qva durante pro qvalitate officii tenebatur, ſit abſolvendus, caſibus tamen qvibusdam ſpecialibus in *c. ult.* enumerandis, exceptis.

§. 4. Et hanc ſententiam eò lubentius amplectimur, qvod poſt varias diſputationes etiam Veteres qvosdam in eadem acqvieviſſe videmus. Præcipuè Bartolus, qvi, ut ſupra dictum eſt, ſuam ſententiam reliqviſſe, majori declarationi viſus fuit, *in alia lectura ad d. l. ult.* ubi ſe forſan declarare voluit, ſic concludit: *Ideo debes eſſe cautus, & ſi inſtitori mutuas pecuniam pro officio, debes convenire dominum non inſtitorem.* Idem ſed tamen moderatius, qvoad officium ſc. finitum conſuluit *Alex. Tartag. conſil. 44 n. 9.* ibi: *ſecundum verum & magis communem intellectum*, & poſtmodum plures alii ſecuti fuerunt.

§. 5. In qvibus præcellunt celebriores hujus & præteriti ſeculi Practici, *Stracch. in deciſ. Rotæ Genuenſ. deciſ. 14. num. 64*, ibi: *qvoniam finito officio inſtitor non tenetur. Colerus part. 2. deciſ. 248. qui allegat. Lipſ. deciſ. 507. vol. 1. Schneiduv. ad §. 2. Qvod cum eo. n. 11. p. m. 1638. Harſolt. in exqviſito tract. de action. 22. p. m. 256.* noviſſimè omnium *David Mevius in comm. ad ius Lübecenſe lib. 3. tit. 6. art. 8. p. 198.* ibi: *haud tamen depoſito officio conveniendi ſunt, quia eo ipſo perit illa actio l. fin. de inſtit. act.* Idqve tandem, qvi nobis inſtar omnium eſſe poſſit, etiam in terminis definit Princeps Practicorum Germaniæ *Benedictus Carpzov. part. 2. conſtit. 20. def. 14. ubi id duobus præiudiciis confirmat.* ibi: Da er aber nicht mehr in Dienſten/möchte er von Euch der Widerbezahlung halber nicht belanget werden.

CAPUT SEXTUM.

Qvo expenditur qvædam opinio Arnoldi Vinnii, qvatenus inſtitor durante officio conveniri poſſit.

§. 1.

HIsce ſic ex DD. & qvotidianâ praxi deductis, jam extra omnem dubitationis aleam poſitum videbatur, tum propter *l. 7. §. 11. ad SC. Macedonianum*, tum propter dictas Autoritates, durante officio inſtitorem omnino teneri, eumq; ad ſolutionem compelli ſine diſcrimine

mine

Digitized by Google

mine poſſe Verum enim vero illud de novo dubium reddidit *Arnoldus Vinnius*, *qvi in noviſſimo Commentario Inſtitutionum* ad *§. 2 Qvod cum eo*, eandem controverſiam diſputat, & opinatur, de jure civili inſtitores omninò conveniri & obligari, veruntamen in praxi id non eſſe receptum ſive, qvod idem eſt, de conſuetudine non ſervari.

§. 2. Quam periculoſum hoc ſit ſtatim totos textus ex praxi Forenſi eliminare nuperrimè aliquot locis graviſſimè monſtravit Dn. D. Tabor Anteceſſor hujus Academiæ celeberrimus, Præceptor ac hoſpes omni obſervantia colendus. Ideoqve hæc ſententia Vinnii omnino penitius inſpicienda videbatur.

§. 3. Allegat autem ad fundandam ſuam theſin *Chriſtinæum volum 3. deciſ. 33. n. 9. & Coſtalium ad l. 1. §. 17. de exerc. act.* Chriſtinæum qvod attinet, ille ad *Tit. Cod. de inſt. act.* in allegato loco *n.* 12 quidem nomina harum actionum exercitoriæ & inſtitoriæ in deſuetudinem abiiſſe ſcribit, hoc autem, qvatenus inſtitor ipſe obligetur, cum Angelo ex *l. ult.* non abrogatione ſorenſi decidit, ſanè nomina inſtitoris & magiſtri hodiè parum freqventari etiam obſervatur, in *Deciſ. Rot. Gen.* 109. cui Patronus navis idem eſt ac Magiſter. Et inſtitores hodie qvidem factores nominari notat, *VVegn. diſp. 16. ad inſtitut. §. 1. lit C.* qvi tamen licet antiqvata ſola voce inſtitoris uſum inſtitoriæ & exercitoriæ in hodiernis illis factoribus adhuc ſupereſſe egregium teſtatur. Inde autem illos juris textus per deſvetudinem velle abrogatos concludere nimis qvam audax facinus videbatur.

§. 4. Qvantum ad autoritatem *Cõſtalii*, *qvi ad l. 1. §. 17. de exerc. act. refert placitum Curiæ Pariſienſis*, *quo decretum fuit*, *inſtitores ex contractibus nomine Dominorum celebratis, non rectè conveniri*, *ſed in Dominos intentandam actionem*, illud placitum nec ita crudè & Judaicè accipiendum, qvin potius forte ad terminos finiti officii, vel eo ſenſu, qvem ſeqventi concluſione ex Alciato allaturi ſumus, intelligendum arbitramur, & ſi abſolutè etiam ita ſenſiſſet Coſtalius, tamen ejus autoritate ſolâ opinio Vinnii parum ſuffulta erat, cum facilè refutari poſſit ex *c. 9. X. de divort.* *Qvid hæc ad nos*, *qvæ in Gallia aguntur*, *qvi in Germania vivimus.* Unde neqvaqvam Arnoldo Vinnio ſubſcribendum putavimus. CA-

Digitized by Google

CAPUT SEPTIMUM.

Quod producit veram ac genuinam ſententiam, quatenus inſtitor durante officio conveniri debeat.

§. I.

NE itaque amplius fluctuemus placuit tandem in ea acquieſcere ſententia, quam *ad l. 29 ff. de rebus cred.* approbavit *Alciatus Jureconſultus*, judicio *Zaſii 1. ſingular. reſp. n. 17.* exactiſſimæ eruditionis, *Iulii Clari in §. teſtamento quæſt. 46 n. 2.* lumen & decus juris civilis & Canonici v. *Hering de Fideiuſſ. c. 27. n. 38* & cui omnes Itali lubentes primas deferunt. *Carpz. in præfat. ad defin. forens.* egregiè æſtimatus.

§. 2. Hic inquam ad *l. 29. de reb. cred.* docet, inſtitorem ex contractu Domini nomine initio durante officio quidem poſſe conveniri, ſed tamen ad eum effectum tantum, ut ſolutionem procuret, & de bonis & pecunia Domini, quam adminiſtrat ſolvat: De ſuo verò non teneri *l. ult. de inſt. act.* idque ſive expreſſè contraxerit nomine Domini, ſive ſimpliciter: Inde tamen appareat, potiſſimum contemplatione Domini contractum fuiſſe celebratum *l. 6. §. 1. de neg. geſt. l. 5. poſt mortem ff. quando ex fact. tut. l. 2. §. 1. de admin. tut.* ubi etiam aliæ perſonæ ex officio contrahentes, gravius non adſtringuntur.

§. 3. Itaque ut tandem ad ſcopum deveniamus, ex prædicta Alciati doctrina, arbitramur & nos, totam hanc pugnam DD. facilimè componi poſſe: Si concedamus, Inſtitorem ex contractu nomine Domini celebrato, quidem teneri *l. 7. §. 1. de inſt. act.* ſive ut in *l. 7. §. 11. ad SC. Macedon.* conveniri, ſed non ulterius, quam qualitas incumbentis officii permittit, hoc eſt actionem judicati, exemplo tutorum, ſub hac exceptione, quod ex officio contraxerunt. *Cui. 20. obſerv. 39.* in eos eorumque bona propria denegandam *l. 4. §. 2. ff. de re ind.*

§. 4. Atqui, inquies, ſic obligatio in effectu erit inanis & nulla *l. 6. de dolo.* Reſp. non ſequitur, non tenetur de ſuo, E. ad nihil tenetur; neque enim plane ſine effectu eſt illa obligatio.

(1) Te-

(1) Tenebitur inſtitor omnino ſervare contractum, qvem nomine Domini iniit boni viri arbitratu, nec ipſe ex ſua perſona illi contractui contravenire poteſt, ſed qvia verba ligant homines, ſtabit contractui, nec reſiliet, ſed tamen, qvia hæc obligatio ex re & negotio Domini deſcendit, qvantum in ſe eſt. v. *Hugon. Grot. lib. 2. de Iur. belli & pac. c.* 10. *n.* 1. h. e. qvamdiu officio inſtitoris fungitur, & res Domini adminiſtrat, tenebitur ex re & de bonis Domini, quæ in manibus habet omnino ſatisfacere, ideoqve non audietur inſtitor, ſi fortè nomine Domini contraxerit, & inde conveniatur, ſtatim Dominum ſuum delegare, Sie an ſeine Principalen weiſen/nec quantum in ſe eſt, ſtare velit contractui, cum ad hoc, ut pro qvalitate officii ſatisfaciat, ex illo ſuo facto omnino teneatur *l. 42. di pign. act.* Imò etſi à Domino contractui ſatisfacere prohibeatur, ipſe tamen adhuc habeat tradendi facultatem omnino, ut ſolvat à judice cogi poterit, vel ſi pecunia Domini parata non adſit, ut cedat bonis Domini ſui eaqve creditoribus relinqvat, ſiqvidem & ille defendit, qui patitur creditores in bonorum poſſeſſionem venire. *l. 35. §. ult. de procur.*

§. 5. Nec timebit hoc caſu Dominum, ſed excuſabitur, qui à judice coactus ſolvit l. 167. de *Reg. iur. ubi Petr. Fab.* nam & hic plene liberatur *Deciſ. Rot. Gen* 33. *n.* 6. *p.* 134. quia judicis juſſum eum ſublevat *Capyc. dec.* 123. ex qvibus prono alveo fluit, ſi Dominus mandet inſtitori, ut Titio certam ſummam ſolvat, poſt qvam inſtitor eam Titio nomine Domini promiſit, & ſeſe pro qvalitate officii obligavit, reſilire amplius neqvit ſub prætextu mandatum à Domino eſſe revocatum *arg. l. 27. de conſtit. pec. l. 24. de pignor. act. C. J. A. D. 8. de conſtit. pec. quia* Dominus mandatum illud in præjudicium Titii revocare neqvit *l. 12. §. pen. l. 15. C. Mandat.* utpote re non amplius integra *Deciſ. Rot. 13. num. 22. num. 57. & Dec. 73. num. 2.* & *Maril. deciſ. 54.*

§. 6. 2. Effectus hujus obligationis ex officio emergentis conſiſtit in eo, ut ſi inſtitor ipſe forſan ex ſua pecunia ſolverit, qvamvis Dominus poſtea fiat non ſolvendo, ille tamen contra proprium factum venire non poſſit, & ſi rurſus velit pecuniam condicere, repellatur exceptione, qvo pertinent *l. 49. mand. l. 5. §. 4. de doli mali &*

poteſt *d. l. 19.* idqve in diſtinctè, etiamſi Dominus eò loci non inveniatur, ſed ſaltem bona ibi habeat, defendit *Rœner. animadverſ. Pract. c. 31. n. 6 & 7.* & oſtendit modum qvomodo citari debeat. v. *Zanger. de except. part. 2. c. 1. n. 50.* an v. qvis inſtitorem etiam ex contractu ipſius Domini alibi celebrato convenire poſſit, qvam conſvetudinem Venetiis eſſe ſcribit *Capolla part. 2. conſil. 14. n. 15. & 34.* præter *Iaſonem in d. l. 29. de reb. creditis* affirmantes paucos reperias, niſi forte Jaſonem ex ſimili conſvetudine locutum fuiſſe, benignè interpretari velis.

§. 9. (4) Illius obligationis effectus conſiſtit in præſtandâ poſſibili ad procurandam ſolutionem diligentia *Alc. d. l.* Neq; enim ad aliud tenetur, qvi tanqvam procurator ſive actionis ſive exceptionis nomine convenitur, qvam ut præſtet diligentiam, verba ſunt *Ant. Fab. lib. 8. tit. 31. def. 6. n. 3.* Sicuti rurſus in hanc ſententiam DD. tradunt, qvod negotium ad aliqvem ſpectet vel re ipſa, vel ratihabitione, vel ipſo geſtu vel deniq; cura & ſollicitudine, ut magiſtraliter docet *Azo in ſumm. Cod. de neg. geſt.* qvem laudat *Marchiſell. quæſt. pract. 57. num 3.* Non enim ſemper eum, qvi factum alienum promiſit, ad id, qvod intereſt, teneri, modo facere non omiſerit, quod ex ſua parte ad id factum obtinendum facere poterat; niſi verba aut negotii natura obligationem inducant ſtrictiorem, inqvit *Hugo Grot. de iur. bell. & pac. lib. 2. c. 11. n. 22. in fin.*

§. 10. Et hanc ſententiam, ut juri amicam & æqvitati, qvam in cauſis mercatorum ſolutius ſeqvimur, conſentaneam, etiam ante Alciatum tradidiſſe video Numen juriſtarum Baldum, dum *in l. ult. de inſtit. act.* in hæc verba deſinit, non inſtitorem, ſed Dominum *effectualiter* teneri, qvâ emphaticâ locutione eum ſingulare voluiſſe, illum de ſuo non teneri, ſubjecta ibi exempla perſonarum ex publico officio contrahentium demonſtrant. Imo multos veterum ita ſenſiſſe prolixè oſtendit *Ronchegall. in tract. de duobus reis ad l. 9. ff. eod. n. 76 & per tot.*

§. 11. Ex recentioribus, & qvidem omnium noviſſimè idem tenet *Hunnius in Encyclopædia tit. de executione ſentent. c. 4. n. 17.* ibi *in bona inſtitoris executionem fieri non poſſe. & allegat. Florid. Manſonium in cauſis executivis ampliat. 4. n. 18.* (qvem autorem, qvamvis diligenter conqviſitum, inſpicere non licuit. *Parladorium lib. 2. rer. quotid. part. 4.*

§. 3 n. 3. Boerium [illegible] *deciſ n. 2.* Idemqve ſeqventes Practici conſtanter uno ore confirmant. *Heig. ad §. 2. Qvod cum eo. Marchiſell. in ſylv. quaeſt. 57. per tot. Simon de Praetis. centur. 2 conſil. 139. in fin. ibi inſtitorem non teneri de ſuo. Anton. Hering. in tract. de Fideiuſſ. c. 27. part. n. 136.* ubi differre inſtitorem à fidejuſſore in eo docet, qvod ille quando ex officio contrahat ſeſe non velit obligare, hic ſe ut principalem conſtituat. *Gylman. Symphor. Tom. 4. part. 1. vot. 32. n. 10. ibi: teneri quidem ſolutionem procurare, vel ſolvere de bonis praeponentis, non autem de propriis, quae omnia in eo caſu procedunt, quando contractum eſt nomine inſtitoris.* Barboſa in ſuo Codice ad *tit. de exerc. & inſtit. act. n 4 & ſeqq.*

§. 12. Ex eodem fundamento negat quoq; *Berlich. part. 1. concluſ. 75. n. 38.* inſtitores poſſe arreſtari, idque in judicio ſe obtinuiſſe teſtatur. Idem ſtatuit *Godofr. in Praxi civili lib. 2. tit. 4. n. 12.* ubi doctrinam Alciati ad verbum ſeqvitur. Nec aliter, qvam in his terminis admittimus *Mozz. de contractibus p. m. 724.* qvando indefinitè ſcribit: *Inſtitorem cum facit, qvae ad praeſtanda ſuſceptae functionis pertinent, non obligari. Deciſ. Rot. Gen.* (qvas in toto mundo à mercatoribus obſervari jubet *Scacc. tract. de comerc. p. 413. n. 12.*) *in deciſ. 14. n. 64.* verbo: *ſi fuiſſet inſtitor non potuiſſet obtinere (actor. ſc. contra eum) quia non tenebatur & n. 89. qvia regulariter inſtitor non remanet obligatus,* & tandem omnes illos, qvi tunc demum inſtitorem obligari volunt, ſi ſuo nomine contraxerit, ſeu ſeſe obligare voluerit, ex qvorum numero *Treutler. Harprecht. Perezium* & alios ſupra *c.* 4. adduximus, in hiſce terminis intelligendos putamus.

Nec diſſentit Nobiliſſimus Gallorum Practicus Mornacius, qvamvis enim in *d. l. ult. de inſt. actio.* potentum & illuſtrium diſpenſatores fortè propter potentiam Dominorum & difficultatem conveniendi, exceptione officii non adjutos, ſed decreto Curiae etiam ut de ſuo ſolverent condemnatos, fateatur, tamen in fine illud ad ſolos diſpenſatores potentum reſtringendum monet, in aliis ſecus eſſe; idqve aliqvo Curiae p/a cito ex arreſtis ſeu decretis Lovetianis confirmat & reſpicit ad *l. ult. ff. Si qvis caut.*

§. 13. Qvibus omnibus veluti palmarium teſtimonium ſuperaddimus iterum Principem Practicorum *Bened. Carpzov.* qvi illud, quod in definitionibus Forenſibus ſimpliciter aſſeruit, inſtitorem

duran-

Digitized by Google

durante officio teneri per *l. 7. §. 11. ad SC. Maced.* poſtea in recentiſſimis conſiliis Electoralibus perſpicuè declaravit, qvouſqve illa obligatio ſeſe debeat extendi. Sic enim *lib. 4. conſilior. tit. 10. conſil. 80. n. 6.* ſcribit: Si de voluntate adminiſtratoris ſeſe ſuosque heredes ſpecialiter obligare voluiſſe, non appareat, in dubio nomine ſuæ adminiſtrationis, qvam gerit, contraxiſſe videbitur, ac proinde ut de ſuo proprio ſolvat, nec conveniri nec condemnari poteſt, &c. qvamvis autem in eo conſilio de officiali, ſeu qvi gerit publicum officium agat, tamen qvia numero ſeqventi expreſſè noſtram *l. ult. de inſt. act.* allegat, & tandem hæc verba ſubjungit, qvod *ex l. ult.* probetur, procuratorem nomine Domini, vel admininiſtratorem, qua talem mutuo pecuniam ſumentem, de ſuo non teneri, an plius dubium eſſe non poteſt, in eo qvi gerit officium privatum, idem ſtatuendum.

CAPUT OCTAVUM.

Quod examinat fundamenta juris, quibus Alciati opinio innititur.

§. I

ET hactenus prædicta Alciati ſententia Autoritatibus ſatis vallata videbatur. Veruntamen cum JCti erubeſcant ſine lege loqui, paucis quoque expendendum erit, qvibus fundamentis hæc opinio ſeſe tueri poſſit, ne cum Vinnio ad miſerum deſuetudinis & tacitæ abrogationis præſidium confugiendum.

§. 2 Primum Fundamendum Alciatus collocat *in d. l. ult. de inſt. act.* ejusqve verbis finalibus: *Nec iure his verbis obligatum nec æquitatem eum aonveniendi ſupereſſe, cum id inſtitoris officio ad proteſtandam fidem menſæ ſcripſiſſet.* In qvibus decidit Scævola, Inſtitorem *his verbis, nempe apud menſam Domini ſui eſſe tot aureos, qvos numerare deberet*, ex (qvibus alius, ſi ſuo nomine ea ſcripſiſſet, omnino obligatus fuiſſet *l. 24. l. 26. de conſt pecun.*) *non obligatum nec æquitatem eum conveniendi ſupereſſe*: Non ideò, qvia extra judicialiter confeſſus eſt, ut Jaſon putat, vel qvia verba nuda enunciativa de pacto, ut Bartol. ex veteri lectura retulit, nam expreſſè dicitur in figuratione caſus, eum caviſſe, id eſt promiſiſſe, ſed hac unica & ſolida ratione, *qvia*

id-

id ex officio ſcripſit. Hæc eſt vera ratio decidendi hujus legis, qvod etiam Bacchov. non diffitetur in *d. tr. de act.* Officium, inqvam, eſt in cauſa, qvod inſtitor gravius non obligatur, ſub cujus commemoratione eum & caviſſe patet ex verbis: *Habes penes menſam Domini, non penes me* me &c. E. indubitatò inde colligitur, inſtitorem qvando in ſimilibus terminis ex officio contrahentes, de qvibus cap. ſeq.

§. 3. (2) Firmamentum ducitur ex *l. 19. ſi cert. pet.* à præſumtâ inſtitoris ſeſe gravius obligare nolentis voluntate. Sic enim *Carpzov. d. conſil. 80. Cumqve contrahens in contractu perſonam principalis exprimit, res eo minus dubii habet, qvippe qvod hoc ipſo perſonam ſuam propriam haud obſcurè excipere intelligatur: ne ultra intentionem obligatio vires ſuas extendat d. l. 19.* Certiſſimum eſt principium juris, in omnibus contractibus inſpiciendum, qvid actum ſit. *l. 34. de R. I. l. 41 de V. O. l. 21. de exe rei judic. l. 4. ſi cert. pet.* & ſi non appareat, veriſimilibus conjecturis inveſtigandum, *Mornac. ad l. 3. de reb. cred. Mantic. de tac. convent. lib 8. t. 11. n. 1.* ex qvibus, ſi animus obligandi non adfuiſſe adpareat, nulla naſcetur obligatio *l. 3. §. 1. de O. & A.* Jam autem, qvomodo per naturam conjecturari poteſt, inſtitorem, qvi nomine Domini contrahit, & eo ipſo omnem obligationem Domino acqvirit *l. 1. de inſt. act.* ſeſe tanqvam fidejuſſorem pro Domino obligare voluiſſe, cum ſæpè in aliqvot millia contractus celebretur, cui centeſimæ parti ſolvendæ tenue patrimonium, & ſua frivola neqvaqvam ſuffectura novit *l. 11. §. de pign act.* & ſi ſufficiant, tamen ſuum ſponte jactare voluiſſe *l. 25. de cond. indeb.* ut irrationabile neqvaqvam ſit præſumendum. *Gilhauſ. arbor iudic. civ. c. 6. part. 7.* §. *134. ad C. A. quando ex fact. tut. in fin. Berlich. deciſ.* 15. *n. 6. part. 1.*

§. 4. (3) Argumentum nobis ſubminiſtrat Marchiſell. *d. quæſt. 57.* ubi tradit: Qvod omnis, qvi nomine alieno promittit; non de ſua, ſed de pecunia ejus, cujus nomine contrahit, ſolutionem videatur promiſiſſe *l. Neſennius 34.* ibi *veriſimile de negot. geſt.* Idem in terminis tradit, *Borgnin. Cavalcan. deciſ. 34. num.* 3. qvi promiſit ut procurator vel negot. geſtor dotem non de ſuo promiſiſſe videtur *l. 43.* §. *1 de adm. tut.* id trad. *Maſcard. concluſ. 1165. n. 8.* E. & inſtitor contrahens & promittens nomine Domini, non de ſuo, ſed domini bonis promiſiſſe præſumendus.

§. 5 (4)

Digitized by Google

§. 5. (4) Firmiſſimum fundamentum eſt in *l. 6. §. 1. de neg. geſt.* cui tanqvam principio *βεβαιοτάτῳ καὶ γνωριμωτάτῳ* totius hujus controverſiæ ſtructuram inædificamus. In omnibus negotiis ille cujus contemplatione contractus celebratus eſt, efficaciter eſt et manet obligatus. *d. l. 9. §. 1. l. 13. C. ſi cert. pet.* vel cujus fidem qvis ſeqvitur. *l. 2. C. de bon. author. iud. poſſid.* Contemplatione autem alicujus contrahere non hoc eſt, ut à parte ſolius ſtipulantis, reſpectus ſeu contemplatio illa radicetur, ſed omnino plenè eſt accipienda, ut etiam promittens à ſua parte velit ſua contemplatione contrahi *l. 3. §. 2. de act. & habent animum ſeſe obligandi l. 1. §. 4. de conſtit. pec.* & qvidem potiſſimùm, cum & in dubio non inſpiciatur animus ſtipulantis, ſed promittentis *l. 99. de V. O.* ejusq; verba dent formam negotio. *Hug. Grot. in tract. de iur. bell. & pac. lib. 2. c. 16. n. 32.*

Iam autem qvando qvis cum inſtitore ſciens, eum talem eſſe, & ex ſuo officio negotia Domini gerere, contrahit, ille reſpicit omnino quoad effectualem (libet ſic cum Baldo loqvi) ſolutionem in Dominum, qvi commoda ſentit ex illo contractu. *l. 1. de inſt. act.* fidemque Domini præcipuè ſeqvitur. *Cuiac. in paratitl. Cod. de inſt. act.* & qvamvis qvodammodo etiam reſpiciat in inſtitorem, tamen eum aliter intueri non poteſt, qvam perſonam ex officio contrahentem, ſi qvidem ex eo, qvod intelligit eum nomine & ex re Domini ſecum contrahere, præſumitur etiam in ea qvalitate eum reſpexiſſe, *Decius conſil. 283. n. 10.* qvi monet, qvando in contractu, qvis ſe dicit civem alterum cum eo *d.* ut cive contraxiſſe præſumendum, *ad Menoch. lib. 3. præſumpt. 49. n. 21l*

§. 6. Et ex hoc fundamento fluit (qvod 5. arg. eſſe poteſt) qvod in *d. l. §. 1. de neg. geſt.* expreſſè reqviritur, ut contrahens, ſi velit accipientem ſibi æqve ac Dominum obligari, diſerte & peculiari velut contractu debeat ab eo ſtipulari. fac. egregiè *l. 13. §. 1. de inſt. act.* qvæ monet tunc Dominum demum teneri, ſi non ab inſtitore novandi animo ſtipulatus ſit; idem contingit in *l. 19. pr. de inſt. & act.* & in aliis, ut tunc demum ſpecialis obligatio exigatur, qvando regulariter non remanent obligati, exempla in *l. 15. C. de adm. tut. l. pen. C. ſi tut. vel cur.* & alibi paſſim.

§. 7. (6) Inſtitor ex contractu nomine Domini celebrato, non ha-

bet actionem, qvam invito Domino exerceat *l.11. §.2. de inſt. act.* poſt qvam enim Dominus prohibet cum eo contrahi, is ex contractibus nomine Domini celebratis exigere nihil poteſt *l.18. de ſolut. Caſtrenſ. ad l.6. de condict. indeb.* Ergo ex natura contrariorum æqvum eſt, cum etiam ſuo nomine non debere obligari. *l.1. C. de cupreſſ. l.3. pro derel. l. Ferè 153. de Reg. iur.* Cum iniqvum ſit, mihi non eſſe tecum actionem, ſi nolis & tamen tibi, ſi velis *l.3. in fin. mand.* ſed æqvum, ſicut obligamur ad præſtandum alteri, viciſſim habeamus actionem contra alterum, ut nobis præſtetur *l.45. §.5. ff. mandati.* nec obligatio claudicare debeat, præterqvam in perſona pupilli *l.1. de reſc. vend. ubi Anton. Fab. in rationalib.* §.8. (7) Vulgatiſſimum eſt in jure ἀξίωμα, ad eum ſolum, cui cedit commodum, pertinere qvoqve periculum §.3. *inſt. de contrah. emt. l.12 C. eod. l.2. §.9. de act. vel hered. vend.* Cum hoc ſemper inter contrahentes, tacitè actum videatur, ut ad qvem lucrum, ad eũ qvoqve damnum pertingat *l 10. de act. vel hered. vend.* graviter *Fransk. in parat. ff. de condict. indeb. n.33.* At in præſenti caſu certum eſt, omne lucrum inter contrahentem & inſtitoris Dominum verſari *l.1. pr. de inſt. act.* Inſtitor enim ſive Factor præmiolo ſuo (qvod hodiè proviſion vocant *v. Scacc. de commerc. §.3. gloſſ.3. p.412. n.11.*) debet eſſe contentus, & ſi qvid ex contractu Domini lucratur, Domino reddere *l. 10 §.5. mandat.* qvamvis ex errore contrahentium; aut per injuriam judicis conſecutus ſit *l.46. §.4. de procur l.8 §.1. de neg. geſt.* & qvidem ex hac ratione, qvia periculum ad eum non pertinet *Anton. Fab. ad d. l. 46. Mantic. de tac. conv. lib.7. tit.20. n.1.* utiq; ſana ratio & communis ſenſus docet, eum ſi omnia ex bona fide geſſit, qvoq; per omnia indemnem ſervandum *l.20. ff. mandat. l 26. §.7. mand. Deciſ. Rot. Gen. 110. n.2.* & æqvius eſſe, ſi Dominus fiat non ſolvendo, id damnum ſentiat contrahens, cui ille contractus qvæſtui fuit *l.14. §.1. commod. l.149. de R. I. v. Cujac. in recit. ad tit ff Qvod qviſq; iur.* qvi, ejusdem rationis æqvitate procuratorem, mandatu Domini jus iniqvum impetrantem, à retorſione relevat, qvod inde nulla utilitas ad eum redierit.

§. 10. (8) In omni diſpoſitione, vel actu ita debet fieri interpretatio, ut abſurdum evitetur *l.3. ſi uſufr. pet. VVeſenb. tom.4. conſil 199.* præſertim ſi abſurdum tale ſit, qvod rationi, ſenſui communi, prudentiorum ſcitis, & opinionibus obverſetur *Dn. D. Tabor. Brecard.*

enucl.

Digitized by Google

nucl. diſp.1. Jam autem ſi textus illos, qvi ſimpliciter dicunt inſtito-
rem conveniendum, in eum actionem dandam, eo caſu qvando no-
mine & ex negotio Domini contraxit, cum pleno effectu accipia-
mus, plura inde evenient abſurda, ut ſc. qvis obligetur, qvi ſe obliga-
re noluit, contra *l.3. de O. & A.* patiatur indebitè damnum ex qvo lu-
crum non ſenſit, cogatur ſolvere pro alio, pro qvo ſeſe non obliga-
vit &c. contra omnes regulas juris & alia plura, qvæ hic coacervare
non libet.

§. 11. (9) arg. & (10) argum. deducitur ex Harmonica aliarum
perſonarum ex officio contrahentium, tum v. ſpecialiter procurato-
rs ad negotia circa hanc obligationem convenientia, è qva Docto-
res perpetuum argumentum deſumere videmus. Bart. Bald. Caſtr. *in*
l. 67. de procur. ideoq; de iis ſeqventibus duobus, capitibus ſpecialius
agemus.

CAPUT NONUM.

Qvod oſtendit ſimilem in aliis perſonis ex officio contrahentibus obligationem.

§. 1.

Diximus initio capitis præcedentis circa 1. fundamentum, ex ra-
tione decidendi *l. ult. de inſt. act.* Obligationem inſtitoris ex
aliarum perſonarum in officio contrahentium, obligatione eſſe con-
cenſurandam. Jam itaqve inſpiciendum, qvatenus & in qvantum
hæ perſonæ obligentur. §. 2. Hic autem in antecesſum præcave-
mus, nos non diffiteri, multa in tutoribus, favore ſingulari introdu-
cta, qvæ indiſcriminatim ad qvævis alia perperam qvis extendere
conetur *l. 141. de R. I. v. Pruckm. conſil.3. n.12. vol.1. Morlam in empor. iur.*
.5. n.18. Nihilominus tamen in iis, ubi favor non ſola & unica eſt ra-
tio, illius liberioris vel adſtrictioris obligationis, ſed alia generalior,
eoqve poſſe fieri extenſionem, obſervavit *Sfort. Odd. de reſtit. in in-*
tr. part.1. qu.22 n 37. Unde nec dubitavit *Berlich. in concluſ. pract. poſt*
ador. Rom. conſil. 111. in fin. Manticam de tac. conv lib.8. tit.18 num.25. à
tutore ad procuratorem argumentari, præitu Juriſconſulti in *l.34. §.*
. de contrah. emt. nempe qvando identitas rationis illud admittit,

 l.32.

l. 32. ad l. Aquil. l. 7. §. 2. C. de revoc. donat. Coraſ. de arte iur. part. 4. c. 5. Imò circa ipſam hanc obligationem, an qvis ex contractu Domini teneatur, idem eſſe in privato ac publico officio, rotundus textus eſt *in l. 1. §. 9 qvod iuſſu.* ibi: *idem in vero procur. ad l. 5 §. ult. de inſtit. act. l. 37. §. 1. de adm. tut. l. 49. de ſolut. l. 17. §. 2. de damn. inf. l. 1. §. 20. de acqvir. vel amit. poſſ. l. 11. §. 6. de pignor act. l. 31. §. 14. de AEdil. Edict.* è qvibus textibus perſpicuè probatur, idem qvoqve in procuratore privato admittendum, qvod perpetua in illis officiis convenientia & obligationis ſimilitudo oſtendit.

§. 3. Sic tutor, qvi nomine & ex re pupilli contrahit vel promittit, debet omnino ſtare contractui *l. 10. de reb. eor. Gabriel. comm. concluſ. lib. 3. de alien. rer. c. 2. n. 23.* & qvod promiſit, ſolvere. *l. 9. §. 5. de adm. tut.* non tamen de ſuo, ſed de patrimonio pupilli *d. l. 9. § 5. ibi: ſi modo pecunia ſit ut ſolvat*, qvod ſi non ſit vel probabiliter appareat non deberi, & tutor in judicium vocetur, cogitur defendere pupillum *l. 10. eod.* qvod ſi vero eo nomine condemnetur, actio & executio judicati in tutorem ejusqve bona, ſed in pupilli exercebitur. *l. 7. qvando ex fact. tut. l. 2. de adm. civ. Perez ad l. 1 C. qvando fiſc.* finito vero officio, nec amplius in judicio reſpondere tenetur, ſed actio in pupillum transfertur *l. ult. ſi qvis caut. l. 82. ff. l. 26. C. de adm. tut. C. A. θ. 37. eod. Sichard. ad l. 1. C. Qvando fiſcus. Coler. conſil. 43. n. 2.* Schwartzenthaler *tract. iudic. ord. lib. 3. c. 7. n. 3. Franciſc. Marci deciſ. Delphin. 99. n. 4.*

§. 4. Idem in curatore minoris *l. 1. C. qvando ex fact. tut. l. 15. C. de adminiſt. tut. l. 24. ff de appell. l. 4 de re iud. Carp. p 1. conſt. 32. def. 14.* Furioſi *l. qvand. ex fact. tut. Cujac. in Papin. 5. reſpon. p. m. 199.* Syndici & Actoris *l. 7. pr. ff Qvod cujusq; univerſ l. 4. §. 2. de re iud. Carocc. de remed. contra praeiud. ſent. exc. 101.* Adminiſtratoris civitatis, in qvem datur actio qvod juſſu *l. 4. qvod iuſſu* tamen non aliter, qvam in tutorem *l. 3. §. 2. de adm. rer. ad civ.* ibi *diverſa cauſa Zaſius ad l. 4. §. 2. ff. de re iud. C. A. θ. 18. n. 6. eod* vel qvem vis alium, qvi ex officio vendit. *l. 50. de evict. l. 13. C. eod. Beſold differt. de pignor. sect. 6. n. 17.* niſi ipſe novarit, *d. l. 3. §. 2.* qvo caſu & tutor tenetur *C. A. θ 82. in fin. θ 81. n. 12.* Curatoris bonis dati qui convenitur *l. 2. §. 2. de curat. bon. dando.* Solvi tamen ex bonis debitoris *l. ult. de Curat. bon. dand.* qvantum poteſt *l. 5. de Curat. Fur. Specul. de exec. ſent. n. 9. verſ. & hoc verius.*

§. 5.

§. 5 Et hæc omnia non ideò præcisè, quia officium publicum vel neceſſarium gerunt, ſed ideò, qvia grave videbatur tutores & Curatores ſub alieni compendii emolumento anceps damnū ſubire, ut hanc rationem nobis aſſignat *Ulpianus in l. 4. de in lit. iur.* ur de etiam rectè *Carpz. p. 1. c. 32. d. 14.* poſtqvam tradidit, in bona tutorum non fieri executionem, *n. 5.* ſubjicit, qvia executio non valet in bona ejus, cujus nomine non fuit contractum, cum qvo conſentit *Noe Meur.* Käyſerl. Lieberey *p. 277.* ibi: oder andre dergleichen Perſon Unde liqvido argumento deducimus, propter rationem decidendi *in d. l. ult.* ex ſolo officio deſumptam, quatenus identitas rationis etiam in inſtitore, ne ſub alieno compendio damnum ſubeat, perpetuo ſvadet, qvoqve idem eſſe obſervandum.

CAPUT DECIMUM.

Quod tractat Procuratoris privati ad negotia obligationem.

§. I.

DEcantatiſſimum DD. veterum, tam affirmantium, qvam negantium à Procuratore ad negotia ad obligationem inſtitoris eſt argumentum. Itaqve & hujus obligatio ad fundandam intentionem noſtram paulo altius examinanda; & qvoniam, propter difficiles & diſperſos hinc inde in jure varios textus, non una impeditur difficultate; ante omnia termini ſunt ab æqvivocatione liberandi.

§. 2. Qvamvis generaliter voce procuratoris etiam nuncius veniat *l. 34. §. 1. de furt.* tamen à Procuratore vero diligenter eſt ſeparandus. Nuncius nullam contrahendi habet poteſtatem, ſed nudum miniſterium præſtat, & eſt inſtar epiſtolæ, ſeu ut feſtivè loqvitur Accurſ. picæ vel buccini, ſimplicius, der die Wort aus meinem Mund nimpt/und bringt ſie einem andern zu. *Bart. ad l. 15. de conſt. pec. Giſan. in lect. Altorf. c. 1. n. 23.* Procurator autem eſt propriè ille, qvi habet aliqvam poteſtatem, & arbitrium ſecundum gradus tamen mandati reſtrictum vel extenſum negotii conficiendi, *Pac. in al. C. ſi qvis alt. vel ſibi ad l. 5. Giſan. d. l.* & ut plurimū ipſe cōtrahit, qvod nūqvā cōtingit in nuncio qva tali, unde docet Bartol. nūciū univerſalem

ſalem cum libera poteſtate nunqvam conſtitui poſſe,& *DD.ad l.15. de conſtit. pec.*

Et in hoc ſignificatu acceptum Nuncium, qvatenus manet in illis terminis nunqvam obligari, ſed cum obligatio ſtatim primitus radicetur, in utroq; contrahente, non ſecus, ac ſi per epiſtolam contraxiſſent, ſolos Dominos teneri, uno ore tradunt DD. communiter ad *d.l.15.de conſt.pec.& Bacch.in tract.de act.p.m.119.*

§. 3. Ratio hujus juris eſt duplex. 1. qvia hoc caſu contrahens planè non reſpicit perſonam nuncii, neq; ejus contemplatione, ſed ſolius Domini contrahit, ideoq; etiam æqvum eſt, cum ſolùm obligari *Bacch. d.l.2.* qvia hic nuncius nullam contrahendi poteſtatem habet, ſed nudum præſtat miniſterium, nec ipſa obligatio in ejus perſona radicatur, ſed recta Domino acqviritur, ut locum hic habere non poſſit Regula juris, qvæ non permittit per liberam perſonam tertium obligari, qvin intermedius contrahens ipſe obligetur, *l.15. de conſt.pec.Coſtal.ad l.14 de conſt.pec.Bacch.d.l.*

§. 4. Ex hiſce duobus fundamentis permittit qvoqve, Bacch. ſi idem contingat in procuratore, ut ſi 1. contractus contemplatione principalis celebretur, 2. procurator talē celebret contractum, in qvo is magis nudum miniſterium, qvam facultatem contrahendi præſtet, & ſic qvodammodo imitetur naturam nuncii, qvod tunc extra controverſiam ſolus Dominus, non procurator cum effectu obligetur.

§. 5. Itaq; cum propter ſingularem naturam mutui *l.15. de rebus cred.*, qvod potiſſimum in actu naturali traditionis conſiſtit, qvalis actus utilitatis gratia per liberam perſonam acqviritur *l.1.C.de acqvir. poſſ.* peculiari ratione receptum ſit, ut qvi meo nomine alteri numerat pecuniam, mihi actionē acqvirat *l.9.§.8.de reb. cred.* Seqvitur procuratorem, qvi meo nomine & mei contemplatione accipit pecuniā, etiam non obligari, textus eſt *in l.6.§1. de neg.geſt.* Et hæc in mutuo clara ſunt, idemq; poſt Bartol.Bald.& veteres omnes tradit Mantica de tacitis & ambiguis convent. *lib.8.tit.11.n.1.& 2.*

§. 6. Qvod ſi mutuum non contrahatur, ſed forſan debitor procuratori creditoris ſui ſolvat, qvo caſu cum procurator accipiendo, pecuniam etiam tantum præſtet miniſterium & ſolvens contemplatione Domini ſolvat, indeqve illa ſolutio non tam facta intelli-

ga-

Digitized by Google

gatur procuratori, qvam Domino *l.37. ad SC. Trebell.* & eo momento, qvo procuratori mandatum habenti ſolvitur, Domini fiat pecunia *l.42. de acqvir. poſſ. l.8. C. de eod.* vel ſi mandatum non habeat à tempore ratihabitionis *l.24. de neg. geſt.* indubitatò inde colligitur, ſi illa pecunia per errorem absqve facto procuratoris contingentem ſoluta ſit, in ſolum Dominum non procuratorem condictionem indebiti dirigendam *l.14. de condict. cauſa dat. l.57. §.1. de condict. indeb. l.6. §.1. eod. l.58. de ſolut. Anton. Fab. ad l.57.* ibi: *qvia nulla actio adverſus procuratorem competebat. Cuiac in Papin. lib.3. reſp. ad l.57. de cond. indeb.* Videat igitur *Borch.*, *quo iure defendat, alternatim tam Domino, qvam procuratori condicendam, claſſe 6. act.6. p.987.* nec obſt. *l.49. de cond. indeb.* qvæ vult iis condicendam, qvibus qvoqvomodo ſoluta eſt, rectè enim *Mozz. de contract p 139.* Illum text. accipit de caſu qvando alicui ſuo nomine ſoluta eſt *fac. l.13. C. de oblig. & act. v. Mornac ad d. l 49* Et hæc omnia ex hac ratione, qvia promutuum ſ. indebitum imitatur, naturam mutui *l.5. §.3. ff. de O. & A. §.1. Inſt. qvib. mod. re. contrah. oblig. v. Merill. ex Cuiac. c.48.*

§. 8. Idemq; cum etiam in pignore, qvando ſcilicet realem mutui numerationem ſtatim ſubſeqvitur, ex ſingulari ratione videamus receptum, ut hypothecaria ipſo jure, qvemadmodum condictio ex mutuo, per procuratorem ſine ceſſione acqviratur *l.2. C. per qvas perſ. nobis acqvir.* ex præſuppoſita ratione Bachoviana idem videtur, in pignore admittendum, ut qvoqve in eo, ſi contractus contemplatione Domini ſit celebratus, Dominus ſolus obligetur *arg. d. l.6. §.1. de negot. geſt.*

§. 8. Et hactenus videtur conſentire *Bacchovius in d. tr. de action.* ubi expreſsè tradit, cum natura contractus id admittat, ut alteri acqviratur ex eo actio, contractusq; fiat contemplatione Domini, tunc procuratorem non obligari & ex hac ratione *p.120.* profert aliam reſponſionem ad *l. ult. de inſt. act.* qvod ſc. ibi inſtitor non obligetur, qvia ex ſingulari natura mutui Domino rectà acqviſierit actionem & obligationem, nec obligatio in eo prius radicata ſit, indeq; nobis concedit etiam de jure civili, perpetuò verum eſſe Inſtitorem in mutuo, ſi contrahat contemplatione Domini nunqvam obligari, eamqve reſponſionem ſc. ſpeciale eſſe in mutuo, ut ex eo inſtitor non obli-

obligetur, repetit *in not. ad VVeſenb. paratit. l. n. 7.* ibi: *quia ſpeciale in mutuo.*

§. 9. In reliqvis v. contractibus conſenſualibus, cum ibi natura contractus non patiatur, ut alteri per alterum poſſit acqviri actio ſine ceſſione *l. 49. de acqvir. poſſ.* Omnino impoſſibile arbitratur Bachov. ut procurator Dominum obligare poſſit, qvin obligatio in eo principaliter radicetur, ac proinde contra Iacobum de Arena concludit: Procuratorem extra caſum mutui vel ſimilium, ubi naturam nuncii non imitetur, etiam procuratorio nomine contrahentem ſemper principaliter obligari, Dominum demum minus principaliter & ex æqvitate, atqve ſic præſuppoſitum noſtrum fundamentum, qvo monuimus ſemper eſſe inſpiciendum, cujus contemplatione contractum ſit, ex hypotheſi Bachoviana hic militare non poſſit.

§. 10. Cæterum cum ab hâc regula, qvod alteri per alterum non poſſit acqviri actio vel obligatio, etiam in conſenſualibus ferè infinitæ dentur exceptiones, adeò, ut Martinus gloſſator propter multitidinem exceptionum regulam fecerit, ex alterius contractu dari actionem, & qvando non detur exceptionis loco habuerit, *v. Carpz. part. 2. conſtit 29. def. 20.* ubi qvoq; egregium numerum illarũ exceptionum collegit, & plures unusqvisqve ex DD. ſparſim, *Bacchov ad §. ſi qvis alii Inſt. de inut. ſtip. Donell. enn. l. lib. 12. c. 17. Cuiac. ad l. 1. C. ſier qvas perſ. Fabr. ad l. 13. §. 25. de act. em. l. 68. de procur. l. 31. de neg. geſt. l. 11 §. 6. de pign. act. Mantic. part. 2. lib. 14 tit. 24. n. 10. Gabriel. com. concluſ. lib. 3. de verb. oblig. p. 237.* accumulare poſſit: non video qvâ fronte Bachovius ex hâc ſolâ juris ſubtilitate, contra tot inſignes Practicos in fine *hujus cap.* adducendos, tueatur, procuratorem ſemper qvamvis procuratorio nomine contrahentem obligari, cum id utiqve in conſenſualibus contractibus dici non poſſit, procuratorem qva nuncium interveniſſe, qvod qvis bene poſſit alterius nomine & contemplatione contrahere, & tamen liberrimum ex bona fide contrahendi arbitrium habeat, qvalis nuncius eſſe nunqvam poteſt, *ut ex Bartol. etiam docet Cuiac. in African. lib. 8. ad l. 51. de ædil. edict. p. 201.*

§. Ut taceam in eo caſu, qvando procurator ex re Domini ſtipu-

ſtipulatur *l. 68. de procur.* & ſic imitatur naturam noſtri inſtitoris, etiam jure civili dari exceptionem à regula illa, exemplum eſt in emtione vel venditione procuratoris, ex qva obligatio & actio Domino acqviritur *l. 13. § 25. de act. emt.* qvem textum recte poſt Caſtrenſem, *Anton. Fab.* & alii accipiunt de eo caſu, qvondo nomine & ex re Domini emit procurator & *& l. 49. de acqvir. poſſ.* de eo, qvi ſimpliciter emit, non factâ mandati vel officii commemoratione & ſic Alciatum ejusve inſtitorem non obligari, qvando nomine & ex re Domini contrahit, in qvibus poteſt Domino actionem & obligationem acqvirere *d. l. 13.* objectum illud obſtaculum Bacchovii ex *l. 49.* amplius morari non poſſit. Qvin & ipſe Bacchov. *in tract. de act. p. 124.* circa finem *th. 11.* qvodammodo fateri videtur, regulam illam alteri ſine ceſſione non acqviri actionem magis in verbis qvam in rebus conſiſtere, qvandoqvidem effectu nihil interſit utili an directa actione conveniatur *l. 47. de negot. geſt. v. Hieron. Torniell. de utilib. & direct. act. n. 31. p. 232.*

§. 12. Imo etſi Bacchovio concedendum, dari adhuc contractus in qvibus procurator etiamnum qvamvis nomine & ex re Domini contrahat, Domino actionem acqvirere non poſſit, *v. Mantic. lib. 14. tit. 24. num. 6.* tamen cum id ex nudâ mera ſubtilitate juris proveniat ſub cujus prætextu in qvæſtionibus de bono & æqvo ſæpe pernicioſe erratur *l. 91. § 3. de V. O.* præſuppoſito inſuper eo, qvod Hartm. *Piſt. obſ. 150.* teſtatur, Regulam illam alteri nō poſſe obligationem vel actionem acqviri, in praxi & qvidem inter mercatores, qvia apices juris non curant *Genuen. Rot. deciſ. 31.* hodiè non attendi, v. Chriſtinæum Deciſ. Curiæ Belgicæ *vol. 3. dec. 34. n. 11. ibi: Sublatam illam Romanæ Juris prudentiæ ſubtilitatem*, non dubitamus ex bonæ fidei interpretatione, ad qvam omnia in ejusmodi cauſis dirigenda *l. 58. de pact.* univerſalem qvoad omnes contractus admittere concluſionem: Procuratorem nomine & ex re Domini contrahentem in ſua perſona & bonis propriis nec durante officio teneri, ne finito conveniri, exceptis qvibusdam caſibus *in c. ult.* annectendis.

§. 13. Ex qvibus omnibus jam luce meridiana clarius apparet qvo ſenſu accipiendum ſit, qvod Practici veteres & moderni tam

conſtanter docent, Procuratorem nomine Domini contrahentem de ſuo non teneri, qvorum, poſt *Iohan. de Monte Sperello, Gemin. Sign. Homod. Corneum Pariſienſem* & multos alios qvos unusqvisq; apud *Socin. conſil. 154. Ronchegall in tract. de duob. reis* ad *l. 9. n. 169.* & apud *Cardinalem Tuſchum in concluſ. Pract. ſub voce Procur. concluſ. 823.* totis plauſtris allegatos videre poteſt. Principes ſunt *Anton Faber. in defin. Forenſ.* (qvarum laudem v. apud Carpz. in præfat.) *lib 8. tit. 31. def. 6.* ibi: Qvi tanqvam procurator rem vendidit aut aliter contraxit, non tenetur de evictione, *Nicolaus Burgundus in noviſſimo & elegantiſſimo tract. de evictionibus c. 32. n. 6. p. 254.* ubi eandem ſententiam Fabri egregiè tuetur, pluresqve ſuæ opinioni faventes allegat. Gutierez. in *tract. de tutel. part. 2. c. 13. n. 8. 9. & ſeq. Hartm. Hartmanni lib 2. Tit. 7. obſ. 1. n. 2.* ibi, *idem dicendum, qvando actus reſpicit utrumqve Dominum & procuratorem & ipſe contrahit procuratorio nomine: nam tunc obligatur, ſolus Dominus. Hieron. Laurent. dec. Rot. Avenionenſ. 76. ibi procurator, tutor & ſimiles alieno nomine contrahentes non tenentur. Mart. in ff. Noviſſ. tom. 1. c. 128. p. 376. Hieron. Magõ. deciſ. 24 n. 13. ibi qvia procurator regulariter &c. Azpilcuet. Navar. tom. 1. conſilior. ſecundùm Titulos Decret. directorum conſil. 7. n. 2. p. 201. Franciſc de Caldas de emt. & vendit. c. 15. n. 54. 55. Mornac. in l. 67. de procur. Hartm. Piſtor. lib. 1. qvæſt. 37. num. 52. ibi: regulariter non teneatur. Doring. in Bibliothec. iur. verb. admin. n. 105. ubi Cravett. de indemn. mulier.* & alios plures adducit, qvi omnes indiſtinctè idem de voluntario & privato procuratore aſſerunt, qvod Bachov. tantum ad tutores & judiciales procuratores reſtringit.

CAPUT DECIMUM.

Contrariorum reſolutio.

§. 1.

Hiſce ſic præmiſſis, tandem qvoq; contraria, qvæ huic ſententiæ à Bachovio & aliis Antagoniſtis objiciuntur, nobis ſunt removenda. Circa perſonam inſtitoris qvoad mutuum, conſentit nobiſcum Bachovius propter æqviparationem inſtitoris, cum procuratore ex *l 6. de neg. geſt.* ut id præcedenti capite oſtendimus.

§. 2. Nihilominus tamen *p. 119. d. diſp. 8. de act.* anteqvam illam reſponſionem, qvod ſpeciale ſit in mutuo, protuliſſet, tale nectit argumentum: Cujuſcunq; perſonam qvis in contrahendo non tantum

Digitized by Google

tum reſpicit, ejus perſonam etiam non habet tantum obligatam? Atqvi contrahens cum inſtitore Domini perſonam nõ reſpicit tantum, ſed etiam inſtitores E. etiam non habebit Dominum tantum obligatum, ſed qvoqve inſtitorem.

§. 3. Reſp. Utraq; manu largimur inſtitorem qvoqve eſſe obligatum, ſed non ſimpliciter, verùm cum προσθέσει ad naturam & qvalitatem officii, in qva reſpectus ille ſeu contemplatio contrahentis fundata eſt: Nec diffitemur, qvo contrahens aliqvomodo reſpiciat etiam inſtitorem, verum non præcipuè reſpicit ut Dominum, ſed ut miniſtrum; ut perſonam ex officio contrahentem. E. in qva qvalitate illum reſpicit, in ea etiam, nec ulterius habet obligatum; & ut centies reſpiciat contrahens inſtitorem æqvè, ut Dominum, tamen qvia eo ipſo dum novit, eum eſſe inſtitorẽ & ex officio ſuo ſecum contrahere ſcit aut ſcire debet *l. 7. §. 2. pro emtore l. 12. C. de contrah. ſtip.* inſtitorem ſeſe gravius, qvam ex officio tenetur, obligare nolle *Alciat. de præſ. 24. num. 4. ibi: ſecus ſi ſciat* & paulò poſt: *non poteſt prætendere ignorantiam* ac proinde ſi voluit arctius adſtringere ſibi imputet, qvod illud non expreſſit *l. 99. de V. O.* propoſitum enim in mente retentum eſt abortivum. *Mantic. lib. 1. tit. 5. n. 24.* Cum à parte inſtitoris eo ipſo dum nomine & ex re domini contrahit verba ſint clara & abſoluta. *Mantic. de tac & ambig. conv. lib. 7. tit. 18. n. 24.* qvibus, qvia à parte promiſſoris, eſt ſtandum. *Grot lib. 2. c. 16. n. 32.* pro qvo etiam aliàs in dubio fit interpretatio *l. 38. §. 18. de V. O.* contra ſtipulatorem *l. 26. de reb. dub.* potiſſimum qvando verba contractus non concepit apertius *l. 39. de pact. Forner. ſelect. c. 18.*

§. 4. (2) *l. 1. §. 17. & l. 5. §. 1. de exerc. act.* qvibus addo *l. 1. de præſc. verb.* qvod attinet, illæ ll. opinioni Alciati etiam nihil obſtant, ſiqvidem expreſſè in *l. 1. de exerc. act. pr.* dicitur, majorem neceſſitatem eſſe contrahendi cum magiſtro, qvam inſtitore, qvia res patitur, ut de conditione inſtitoris qvis, deſpiciat, in magiſtro autem locus tempus nõ permittit plenius deliberandi conſilium: unde cum plerumq; contrahens ignorans conditionem magiſtri contrahat, ei etiam plenè conſultum, ut utrumq; alternatim habeat obligatum *d. l. 1. §. 17.* idq; hac ſolida ratione, qvia ſolius magiſtri contemplatione contrahit *l. 13. C. ſi cert. pet.* nec Dominũ, qvem propter peregrinatio-

 nis

Digitized by Google

nis feſtinationem inquirere non poteſt, in contrahendo reſpexiſſe dici poteſt. Et hoc ſenſu hos textus accipit *Alciat.d.l.29.de reb.cred.* qu.ſeqvitur & defendit *Roncheg all. n. 175.* nec adeò improbabile eſt,ut favore Navigationis *Stracch.de Naut.part.1 n.1.*qvo plura ſingularia recepta ſunt t.t. *Nauta Caupon.*& paſſim. v. *Perez. num. 7.* c. h. etiam in hoc magiſtros navim graviùs adſtrictos, qvis arbitrari poſſit, præſertim cum qvoad exercitorem nullus textus in contrarium ſicut in inſtitore eſt *l ult.* reperiatur, qvod ſi qvis vero in magiſtro, qvando ille expreſſè nomine ſeu contemplatione Domini contrahit, & ſic nudum verſetur officium, propter paritatem rationis idem admittere velit, id qvidem temerè non impugnabimus, qvamvis hujus opinionis Autorem nullum laudare qveamus, niſi qvod Vinnius allegato loco generaliter illos textus in praxi non obſervari ſcribit. Qvin potius apud *Stracch. in tract.de Naut. part. ult.n. 2. Capoll. part. 2.conſil.* 14. ſimpliciter magiſtrum obligatum abſq; ulla diſtinctione aſſertum inveniamus.

§. 5. Circa perſonam procuratoris ad negotia, qvem præcedenti capite cum Burgundo non teneri de evictione aſſeruimus, violentiſſimum, qvod nobis objicii poteſt argumentum, eſt illud, qvod gloſſa in *l. 67. de procur.* ait: Procuratorem auxilio Prætoris non relevari, non ex ea ratione, qvod in *l. 67.* ſeſe obligavit, ſed ideò qvia procurator ad negotia gerit officium voluntarium, tutor & adminiſtrator Reipublicæ, neceſſarium & propterea omnino procuratorem privatum teneri, etiam finito officio, & aliud tantum in officiis neceſſarijs favore publico eſſe receptum. Sic qva conciliat *l. 67. de procur. cum l. 3. §. 2. de adminiſtr. rer. ad civ.* Qvam reſponſionem gloſſæ video qvoq; ſecutum *Cujacium 20. obſ. 39. & in reſponſ. Papin. lib. 1. Ad l. 67.* & hunc rurſus *Mudaus ad l. 67. de proc. Anton. Fab. in l. 49. mand. Giſan. in lectur. Altorff. ad l. 67. de procur.* qvos tamen Burgundus cum gravi celebriorum Practicorum comitatu velut ex adverſa acie impugnat.

§. 6 Qvamvis autem hoc telum levi reſponſione evitare qveamus, ſi cum nobiliſſimo Mornacio *ad l 35. de condict. indeb.* dicamus ea, qvæ ad Scholarum pulpita, Magnus ille Aphricanæ ſubtilitatis interpres accuravit & Bacch. aliiqve theorici ſtudio legum concilian-

liandarum ſæpe ex nuda ſubtilitate juris diſputant, in qvæſtionib9 ex bono & æqvo decidendis non debere attendi, tamen ſi textus *l. 67. de procur. & l. 3. §. 2. de admin. rer ad civ.* deputato ab omni affectus nube animo inſpiciciamus, forſan apparebit ex non neceſſaria & ad illas ll. à Gloſſa primum conficta conciliatione hanc opinionem natam eſſe.

§. 6. Primò conſtanter negamus, jus illud, qvod tutores & c. non tenentur actione judicati in bona propria, ex hac ſola ratione, qvia officio neceſſaria gerunt, inductum, ut exinde ſimpliciter concludere liceat, qvicunque non gerit officium publicum vel neceſſarium ſtatim de ſuo teneatur: Nam & Curator bonorum invitus nõ datur *l. 2. § 3. de Curat. bon. dand.* gravius tamen qvam tutores & alii in ſua bona execut. non patitur *Speculat. de exec. ſent. §. omnino ibi Sententia lata p. 470. Ant. Fab lib. 4. tit. 7. d. 23.* atqve ſic neceſſitas officii cauſa ſolitaria illius juris eſſe non poſſit. 2. dato, ſed non conceſſo, hanc in publicis officiis eſſe rationem ſolam, tamen procurator privatus propterea & ex alia ſpeciali ratione non tenebitur, qvia non in rem ſuam, ſive qvod idem eſt, ſuo nomine non contraxit qvæ ratio aſſignatur in *l. 4 pr. de re judic.* qvo reſpexit *Berlich. part. 2. concluſ. 75 n. 38.* ubi ex eadem ratione inſtitorem, qvia non ſuo; ſed alieno nomine contraxiſſe cenſetur, non poſſe arreſtari concludit, *& C. A. 8. 81 de re judic. n. 3.* Videtur enim inter litigantes actum, ut in ipſum Dominum *cuiuscommodũ & incommodũ eſt*, detur actio judicati, cujus rationis ſolidate omnino idem in procuratore ad negotia, qvod ibi de procuratore ad lites definitur, admitti poſſe putamus, ſiqvidem ejusdem æqvitatis in tuitu procuratorem, qui etiam ultro ſatisdando pro Domino ſuam fidem adſtrinxerat, ſublevari videmus *l. 34 in fin. de procur.* qvem textum in praxi commendat. *Hippol. Marſil. in ſingular. 233. n. 2. v. C. A. 8. 8?. de Procurat.*

§. 8. Imò contrarios illos textus *l. 67 de procur. & l. 3. §. 2. de adm. rer.* etiam abſqve diſtinctione inter publicum & privatum officium componi poſſe, ſic oſtendo: In utraqve lege qværitur, an is qvi ex officio contraxit, finito eo teneatur. Reſpondetur, qvod ſic in utrâqve: *Ratio dubitandi*: atqvi ex officio contraxit uterqve, qvod

Digitized by Google

non-debet eſſe damnoſum. *Rat. decid.* ſed exceſſit uterq; fines officii ſeſe in ſpecie obligando, & ille qvidem adminiſtrator ſc. reipublicæ novando ſeu expromittendo: hic procurator ſc. fidejubendo & pro Domino vinculum obligationis ſuſcipiendo: Seqvitur ergò liqvidiſſimè, qvod regulariter utrumq; propter officium, actio finito officio debeat denegari, niſi qvis in ſpecie ſeſe obliget, & ſic ex ſuo facto ſua culpa obligationi adſtrinxerit. Et hic eſt planiſſimus ſenſus *l. 57.* (qvicqvid urgeat Bacch. ſic eam fore de indubitabili, idem enim qvoq; poſſum dicere de *l. 15. C. de adm. tut. & aliis*) *quem poſt Trutl. Harprecht.* & alios omnes *ſupr. c. 4.* adductos, etiam exprimit *Mornacius ibi: fatuos procuratores, qvi ſeſe pro Dominis obligando terminos officii excedunt. Anton. Faber. in rational. ibi: eum propterea non teneri, quia non ſimpliciter ut procurator promiſit, ſed ut fidejuſſor ſeſe obligavit,* & in hoc ſenſu etiam *d. l. 67. accepiſſe C. A.* patet ex collatione *§. 18. n. 5. cum §. 19. n. 8. de evict. & §. 97. de proc.*

§ 9. Qvod ſi qvis *in d. l. 3. §. 2. verba: diverſa cauſa eſt eius, qui ſolvi conſtituit, urgere velit,* qvod adminiſtrator per conſtitutum etiam fidem ſuam adſtringat & tamen relevetur finito officio. Reſp. eum qvi ex negotio reipublicæ conſtituit eo animo, ut ſeſe qvoq; in ſpecie obligare velit pro republica, qvemadmodum procurator in *d. l. 67.* fidem ſuam adſtrinxit, non magis ac procuratorem relevari, ſed etiam finito officio teneri, expreſſus textus eſt in *l. 15. C. de adm. tut. Carpz. part. 1. conſt. 32. def. 14.* qvod ſi verò ſimpliciter ex officio, non animo fidejubendi, conſtituat, qvale conſtitutum in *d. l. 3. §. 2.* intelligendum, tunc ex ſimili ratione, qvod ex officio conſtituit inſtar aliarum perſonarum executio contra eum deneganda. Qvamvis hoc libenter concedamus in officio publico illud fortè facilius admitti, nec tam præciſè in eo reqviri, ut contrahent qvalitatem & nomen officii ſciat, qvemadmodum illud in privato *c. ult.* neceſſarium eſſe demonſtrabimus, licet in tutoribus ut expreſſè nomine pupilli contrahant etiam reqvirere videatur *C. A. §. 4. quando ex fact. tut.*

§. 10. Et in hac ſententia me magis confirmat, qvod video alibi Cujac. fortè ſui oblitum ſine diſtinctione officii publici vel privati docere: *Certiſſimum eſſe eum, qui ut tutor, Curator vel procurator ſubſcribit, plane non obligari nec teneri. In comm. C. ad l. 14 ſi certum pet.*

Proinde

Proinde omninò concludo verbis celeberrimi *Mornacii ad l. ult. ſi quis caut. Hic textus ſpectat non modo ad tutores, ſed ad eos omnes, qui aliena negotia gerunt, ut ſcil. quicqvid, quando gerunt, appoſito nomine promiſerint; nihil tamen eis officiat, imò evaneſcat ſtipulatio, ſimul atq; officio ſeu munere, qvod obibant tempore ſtipulationis defuncti fuerint.*

§. 11. (2) arg. qvod maximè urget *Bacch. d. tr. de act. p. 122.* procuratorem ad negotia ex contractu ſuo teneri de evictione, deſumitur *ex l. 49. mand.* ex qvo textu etiam *Ant. Faber. in rationalib. ad l. 49.* idem defendit non obſtante, qvod *in definit. Forenſ. lib 8. tit. 31. def. 6 diſerte contrariam ſententiam amplexus eſt*. Poſſem reſpondere cum *Donell. 4. comm. 16. lit. a. Molinæo ad Rubr. de V. O. n. 79.* & *Mornacio in d. l. 49.* procuratorem expreſſè ut *in l. 67.* evictionẽ promiſiſſe, vel cum *Burgundo d. tract. de evict. in l. 49.* ſpeciale eſſe, qvod ipſe procurator in rei ſuæ alienationem conſenſit: Verùm non opus eſſe arbitror, ut eo deveniamus, ſed ſimpliciter reſpondeo, procuratorem *in d. l. 49.* ideò non juvari vel auxilio Prætoris relevari, qvia ipſe vult vindicare, & contra proprium factum venire, cujus rei egregium arg. eſt in *l. 10. de diſtract. pign.* Ubi qvamvis creditor qvi jure pignoris vendidit non poſſit conveniri de evictione: tamen non ideò ei etiam eſſe contra proprium factum actionem concedendam, eò, qvod jura proniora ad liberandum qvam ad obligandum *l. 47. de O. & A. v. hac relate Crav. de indemn. mulier. n. 14. 16. 20.* Veteres ut *Socin. conſil. 154. Alc. d. l. ad* hunc textum reſpondent, qvod procurator debeat contractum ratione ratione officii ſervare qvantum in ſe eſt, nec propterea ei concedi vindicationem, qvia ſibi ex ea vindicatione aliqvid velit acqvirere, atq; eo ipſo terminos officii excedat, qvod ſuo ſenſu etiam non videtur improbandum.

§. 12. Ex *l. 14. de publ. in rem act.* qvam Bacch etiam *d. l.* urget, planè nihil probatur, nec n. ibi ullum veſtigium apparet venditionem factam nomine procuratorio & contemplatu Domini: ſed potius procuratorē ſuo nomine vendidiſſe, liqvet ex iis, qvæ tradit *Fab. ibi in rational. ubi dicit, emtori, qui omiſerat exceptionem propterea non ſuccurri, qvia ignoravit procuratorem habere mandatum.*

§. 13. (3) arg Baccovius depromit ab obligatione filii familias: Sic *n. p. 122. ſcribit eoq; facit, qvod etiam filius ſi juſſu patris contrahat, ipſe qvoq; in ſolidum obligetur l. 3. §. 4. ſed utrũ de min. l. pater ff. Qvod cum eo.* Verùm

nec

ſalem cum libera poteſtate nunqvam conſtitui poſſe,& *DD.ad l.15. de conſtit. pec.*

Et in hoc ſignificatu acceptum Nuncium, qvatenus manet in illis terminis nunqvam obligari, ſed cum obligatio ſtatim primitus radicetur, in utroq; contrahente, non ſecus, ac ſi per epiſtolam contraxiſſent, ſolos Dominos teneri, uno ore tradunt DD. communiter ad *d.l.15.de conſt.pec.& Bacch.in tract.de act.p.m.119.*

§. 3. Ratio hujus juris eſt duplex. 1. qvia hoc caſu contrahens planè non reſpicit perſonam nuncii, neq; ejus contemplatione, ſed ſolius Domini contrahit, ideoq; etiam æqvum eſt, eum ſolùm obligari *Bacch. d.l.2.* qvia hic nuncius nullam contrahendi poteſtatem habet, ſed nudum præſtat miniſterium, nec ipſa obligatio in ejus perſona radicatur, ſed recta Domino acqviritur, ut locum hic habere non poſſit Regula juris, qvæ non permittit per liberam perſonam tertium obligari, qvin intermedius contrahens ipſe obligetur, *l.15. de conſt.pec.Coſtal.ad l.14 de conſt.pec.Bacch.d.l.*

§. 4. Ex hiſce duobus fundamentis permittit qvoqve, Bacch. ſi idem contingat in procuratore, ut ſi 1. contractus contemplatione principalis celebretur, 2. procurator talẽ celebret contractum, in qvo is magis nudum miniſterium, qvam facultatem contrahendi præſtet, & ſic qvodammodo imitetur naturam nuncii, qvod tunc extra controverſiam ſolus Dominus, non procurator cum effectu obligetur.

§. 5. Itaq; cum propter ſingularem naturam mutui *l.15. de rebus cred.*, qvod potiſſimum in actu naturali traditionis conſiſtit, qvalis actus utilitatis gratia per liberam perſonam acqviritur *l.1.C.de acqvir. poſſ.* peculiari ratione receptum ſit, ut qvi meo nomine alteri numerat pecuniam, mihi actionẽ acqvirat *l.9.§.8.de reb. cred.* Seqvitur procuratorem, qvi meo nomine & mei contemplatione accipit pecuniã, etiam non obligari, textus eſt *in l.6. §.1. de neg.geſt.* Et hæc in mutuo clara ſunt, idemq; poſt Bartol. Bald. & veteres omnes tradit Mantica de tacitis & ambiguis convent. *lib.8.tit.11.n.1.& 2.*

§. 6. Qvod ſi mutuum non contrahatur, ſed forſan debitor procuratori creditoris ſui ſolvat, qvo caſu cum procurator accipiendo, pecuniam etiam tantum præſtet miniſterium & ſolvens contemplatione Domini ſolvat, indeqve illa ſolutio non tam facta intelli-

ga-

Digitized by Google

gatur procuratori, qvam Domino *l.37. ad SC. Trebell.* & eo momento, qvo procuratori mandatum habenti ſolvitur, Domini fiat pecunia *l.42. de acqvir. poſſ. l.8. C. de eod.* vel ſi mandatum non habeat à tempore ratihabitionis *l.24. de neg. geſt.* indubitatò inde colligitur, ſi illa pecunia per errorem absqve facto procuratoris contingentem ſoluta ſit, in ſolum Dominum non procuratorem condictionem indebiti dirigendam *l.14. de condict. cauſa dat. l.57. §.1. de condict. indeb. l.6. §.1. eod. l.58. de ſolut. Anton. Fab. ad l.57.* ibi: *qvia nulla actio adverſus procuratorem competebat. Cuiac in Papin. lib.3. reſp. ad l.57. de cond. indeb.* Videat igitur *Borch.*, *quo iure defendat, alternatim tam Domino, qvam procuratori conditendam, claſſe 6. act.6. p.987.* nec obſt. *l.49. de cond. indeb.* qvæ vult iis condicendam, qvibus qvoqvomodo ſoluta eſt, rectè enim *Mozz. de contract p 139.* Illum text. accipit de caſu qvando alicui ſuo nomine ſoluta eſt *fac. l.13. C. de oblig. & act.v. Mornac ad d. l.49* Et hæc omnia ex hac ratione, qvia promutuum ſ. indebitum imitatur, naturam mutui *l.5. § 3. ff. de O. & A. §.1. Inſt. qvib. mod. re. contrah. oblig. v. Merill. ex Cuiac. c.41.*

§. 8. Idemq; cum etiam in pignore, qvando ſcilicet realem mutui numerationem ſtatim ſubſeqvitur, ex ſingulari ratione videamus receptum, ut hypothecaria ipſo jure, qvemadmodum condictio ex mutuo, per procuratorem ſine ceſſione acqviratur *l.2. C. per qvas perſ. nobis acqvir.* ex præſuppoſita ratione Bachoviana idem videtur, in pignore admittendum, ut qvoqve in eo, ſi contractus contemplatione Domini ſit celebratus, Dominus ſolus obligetur *arg. d. l.6. §.1. de negot. geſt.*

§. 8. Et hactenus videtur conſentire *Bacchovius in d. tr. de action.* ubi expreſsè tradit, cùm natura contractus id admittat, ut alteri acqviratur ex eo actio, contractusq; fiat contemplatione Domini, tunc procuratorem non obligari & ex hac ratione *p.120.* profert aliam reſponſionem ad *l. ult. de inſt. act.* qvod ſc. ibi inſtitor non obligetur, qvia ex ſingulari natura mutui Domino rectà acqviſierit actionem & obligationem, nec obligatio in eo prius radicata ſit, indeq; nobis concedit etiam de jure civili, perpetuò verum eſſe Inſtitorem in mutuo, ſi contrahat contemplatione Domini nunqvam obligari, eamqve reſponſionem ſc. ſpeciale eſſe in mutuo, ut ex eo inſtitor non obli-

Digitized by Google

obligetur, repetit *in not. ad VVeſenb. paratit. l. n. 7.* ibi: *qvia ſpecialè in mutuo.*

§. 9. In reliqvis v. contractibus conſenſualibus, cum ibi natura contractus non patiatur, ut alteri per alterum poſſit acqviri actio ſine ceſſione *l. 49. de acqvir. poſſ.* Omnino impoſſibile arbitratur Bachov. ut procurator Dominum obligare poſſit, qvin obligatio in eo principaliter radicetur, ac proinde contra Iacobum de Arena concludit: Procuratorem extra caſum mutui vel ſimilium, ubi naturam nuncii non imitetur, etiam procuratorio nomine contrahentem ſemper principaliter obligari, Dominum demum minus principaliter & ex æqvitate, atqve ſic præſuppoſitum noſtrum fundamentum, qvo monuimus ſemper eſſe inſpiciendum, cujus contemplatione contractum ſit, ex hypotheſi Bachoviana hic militare non poſſit.

§. 10. Cæterum cum ab hâc regula, qvod alteri per alterum non poſſit acqviri actio vel obligatio, etiam in conſenſualibus ferè infinitæ dentur exceptiones, adeò, ut Martinus gloſſator propter multitudinem exceptionum regulam fecerit, ex alterius contractu dari actionem, & qvando non detur exceptionis loco habuerit, v. *Carpz. part. 2. conſtit. 29. def. 20.* ubi qvoq; egregium numerum illarũ exceptionum collegit, & plures unusqvisqve ex DD. ſparſim, *Bacchov ad §. ſi qvis alii Inſt. de inut. ſtip. Donell. enn. l. lib. 12. c. 17. Cuiac. ad l. 1. C. ſier qvas perſ. Fabr. ad l. 13. §. 25. de act. emt. l. 68. de procur. l. 31. de neg. geſt. l. 11. §. 6. de pign. act. Mantic. part. 2. lib. 14. tit. 24. n. 10. Gabriel. com. concluſ. lib. 3. de verb. oblig. p. 237.* accumulare poſſit: non video qvâ fronte Bachovius ex hâc ſolâ juris ſubtilitate, contra tot inſignes Practicos in fine *hujus cap.* adducendos, tueatur, procuratorem ſemper qvamvis procuratorio nomine contrahentem obligari, cum id utiqve in conſenſualibus contractibus dici non poſſit, procuratorem qva nuncium interveniſſe, qvod qvis bene poſſit alterius nomine & contemplatione contrahere, & tamen liberrimum ex bona fide contrahendi arbitrium habeat, qvalis nuncius eſſe nunqvam poteſt, *ut ex Bartol. etiam docet Cuiac. in African. lib. 8. ad l. 51. de ædil. edict. p. 201.*

§. Ut taceam in eo caſu, qvando procurator ex re Domini ſtipu-

Digitized by Google

ſtipulatur *l. 68. de procur.* & ſic imitatur naturam noſtri inſtitoris, etiam jure civili dari exceptionem à regula illa, exemplum eſt in emtione vel venditione procuratoris, ex qva obligatio & actio Domino acqviritur *l. 13. § 25. de act. emt.* qvem textum recte poſt Caſtrenſem, *Anton. Fab.* & alii accipiunt de eo caſu, qvondo nomine & ex re Domini emit procurator & *& l. 49. de acqvir. poſſ.* de eo, qvi ſimpliciter emit, non factâ mandati vel officii commemoratione & ſic Alciatum ejusve inſtitorem non obligari, qvando nomine & ex re Domini contrahit, in qvibus poteſt Domino actionem & obligationem acqvirere *d. l. 13.* objectum illud obſtaculum Bacchovii ex *l. 49.* amplius morari non poſſit. Qvin & ipſe Bacchov. *in tract. de act. p. 124.* circa finem *th. 11.* qvodammodo fateri videtur, regulam illam alteri ſine ceſſione non acqviri actionem magis in verbis qvam in rebus conſiſtere, qvandoqvidem effectu nihil interſit utili an directa actione conveniatur *l. 47. de negot. geſt. v. Hieron. Torniell. de utilib. & direct. act. n. 31. p. 232.*

§. 12. Imo etſi Bacchovio concedendum, dari adhuc contractus in qvibus procurator etiamnum qvamvis nomine & ex re Domini contrahat, Domino actionem acqvirere non poſſit, *v. Mantic. lib. 14. tit. 24. num. 6.* tamen cum id ex nudâ mera ſubtilitate juris proveniat ſub cujus prætextu in qvæſtionibus de bono & æqvo ſæpe perniciosè erratur *l. 91. § 3. de V. O.* præſuppoſito inſuper eo, qvod Hartm. *Piſt. obſ. 150.* teſtatur, Regulam illam alteri nō poſſe obligationem vel actionem acqviri, in praxi & qvidem inter mercatores, qvia apices juris non curant *Genuen. Rot. deciſ. 31.* hodiè non attendi, v. Chriſtinæum Deciſ. Curiæ Belgicæ *vol. 3. dec. 34. n. 11. ibi: Sublatam illam Romanæ Juris prudentiæ ſubtilitatem*, non dubitamus ex bonæ fidei interpretatione, ad qvam omnia in ejusmodi cauſis dirigenda *l. 51. de pact.* univerſalem qvoad omnes contractus admittere concluſionem: Procuratorem nomine & ex re Domini contrahentem in ſua perſona & bonis propriis nec durante officio teneri, ne finito conveniri, exceptis qvibusdam caſibus *in c. ult.* annectendis.

§. 13. Ex qvibus omnibus jam luce meridiana clarius apparet qvo ſenſu accipiendum ſit, qvod Practici veteres & moderni tam

conſtanter docent, Procuratorem nomine Domini contrahentem de ſuo non teneri, qvorum, poſt *Iohan. de Monte Sperello, Gemin. Sign. Homod. Corneum Pariſienſem* & multos alios qvos unuſqvisq; apud *Socin. conſil.* 154. *Ronchegall in tract. de duob. reis* ad *l. 9. n.* 169. & apud *Cardinalem Tuſchum in concluſ. Pract. ſub voce Procur. concluſ.* 823. totis plauſtris allegatos videre poteſt. Principes ſunt *Anton Faber. in defin. Forenſ.* (qvarum laudem v. apud Carpz. in præfat.) *lib 4. tit. 31. def. 6.* ibi: Qvi tanqvam procurator rem vendidit aut aliter contraxit, non tenetur de evictione, *Nicolaus Burgundus, in noviſſimo & elegantiſſimo tract. de evictionibus c. 32. n. 6. p. 254.* ubi eandem ſententiam Fabri egregiè tuetur, pluresqve ſuæ opinioni faventes allegat. Gutierez. in *tract. de tutel. part. 2. c. 13. n. 8. 9. & ſeq. Hartm. Hartmanni lib 2. Tit. 7. obſ. 1. n. 2.* ibi, *idem dicendum, qvando actus reſpicit utrumqve Dominum & procuratorem & ipſe contrahit procuratorio nomine: nam tunc obligatur, ſolus Dominus. Hieron. Laurent. dec. Rot. Avenionenſ. 76. ibi procurator, tutor & ſimiles alieno nomine contrahentes non tenentur. Mart. in ff. Noviß. tom. 1. c. 128. p. 376. Hieron. Magō. deciſ. 24 n. 13. ibi qvia procurator regulariter &c. Azpilcuet. Navar. tom. 1. conſilior. ſecundum titulos Decret. directorum conſil. 7. n. 2. p. 201. Franciſc de Caldas de emt. & vendit. c. 15. n. 54. 55. Mornac. in l. 67. de procur. Hartm. Piſtor. lib. 1. qvæſt. 37. num. 52. ibi: regulariter non teneatur. Doring. in Bibliothec. iur. verb. admin. n. 105. ubi Cravett. de indemn. mulier.* & alios plures adducit, qvi omnes indiſtinctè idem de voluntario & privato procuratore aſſerunt, qvod Bachov. tantum ad tutores & judiciales procuratores reſtringit.

CAPUT DECIMUM.

Contrariorum reſolutio.

§. *I.*

HIſce ſic præmiſſis, tandem qvoq; contraria, qvæ huic ſententiæ à Bachovio & aliis Antagoniſtis objiciuntur, nobis ſunt removenda. Circa perſonam inſtitoris qvoad mutuum, conſentit nobiſcum Bachovius propter æqviparationem inſtitoris, cum procuratore ex *l 6. de neg. geſt.* ut id præcedenti capite oſtendimus.

§. 2. Nihilominus tamen *p. 119. d. diſp. 8. de act.* anteqvam illam reſponſionem, qvod ſpeciale ſit in mutuo, protuliſſet, tale nectit argumentum: Cujuſcunq; perſonam qvis in contrahendo non tantum

tum

tum reſpicit, *ejus* perſonam etiam non habet tantum obligatam? Atqvi contrahens cum inſtitore Domini perſonam nõ reſpicit tantum, ſed etiam inſtitores E. etiam non habebit Dominum tantum obligatum, ſed qvoqve inſtitorem.

§. 3. Reſp. Utraq; manu largimur inſtitorem qvoqve eſſe obligatum, ſed non ſimpliciter, verùm cum προσθέσει ad naturam & qvalitatem officii, in qva reſpectus ille ſeu contemplatio contrahentis fundata eſt: Nec diffitemur, qvo contrahens aliqvomodo reſpiciat etiam inſtitorem, verum non præcipuè reſpicit ut Dominum, ſed ut miniſtrum, ut perſonam ex officio contrahentem. E. in qva qvalitate illum reſpicit, in ea etiam, nec ulterius habet obligatum; & ut centies reſpiciat contrahens inſtitorem æqvè, ut Dominum, tamen qvia eo ipſo dum novit, eum eſſe inſtitorẽ & ex officio ſuo ſecum contrahere ſcit aut ſcire debet *l. 7. §. 2. pro emtore l. 12. C. de contrah. ſtip.* inſtitorem ſeſe gravius, qvam ex officio tenetur, obligare nolle *Alciat. de præſ 24. num. 4. ibi: ſecus ſi ſciat* & paulò poſt: *non poteſt prætendere ignorantiam* ac proinde ſi voluit arctius adſtringere ſibi imputet, qvod illud non expreſſit *l. 99. de V. O.* propoſitum enim in mente retentum eſt abortivum. *Mantic. lib. 1. tit. 5. n. 24.* Cum à parte inſtitoris eo ipſo dum nomine & ex re domini contrahit verba ſint clara & abſoluta. *Mantic. de tac & ambig. conv. lib. 7. tit. 18. n. 24.* qvibus, qvia à parte promiſſoris, eſt ſtandum. *Grot lib. 2. c. 16. n. 32.* pro qvo etiam aliàs in dubio fit interpretatio *l. 38. §. 18. de V. O.* contra ſtipulatorem *l. 26. de reb. dub.* potiſſimum qvando verba contractus non concepit apertius *l. 39. de pact. Forner. ſelect. c. 18.*

§. 4. (2) *l. 1. §. 17. & l. 5. §. 1. de exerc. act.* qvibus addo *l. 1. de præſc. verb.* qvod attinet, illæ ll. opinioni Alciati etiam nihil obſtant, ſiqvidem expreſſè in *l. 1. de exerc. act. pr.* dicitur, majorem neceſſitatem eſſe contrahendi cum magiſtro, qvam inſtitore, qvia res patitur, ut de conditione inſtitoris qvis, deſpiciat, in magiſtro autem locus tempus nõ permittit plenius deliberandi conſilium: unde cum plerumq; contrahens ignorans conditionem magiſtri contrahat, ei etiam plenè conſultum, ut utrumq; alternatim habeat obligatum *d. l. 1. §. 17.* idq; hac ſolida ratione, qvia ſolius magiſtri contemplatione contrahit *l. 13. C. ſi cert. pet.* nec Dominũ, qvem propter peregrinationis

 nis

liandarum ſæpe ex nuda ſubtilitate juris diſputant, in qvæſtionib9 ex bono & æqvo decidendis non debere attendi, tamenſi textus *l. 67. de procur. & l. 3. §. 2. de admin. rer ad civ.* deputato ab omni affectus nube animo inſpiciciamus, forſan apparebit ex non neceſſaria & ad illas ll. à Gloſſa primum confictа conciliatione hanc opinionem natam eſſe.

§. 6. Primò conſtanter negamus, jus illud, qvod tutores & c. non tenentur actione judicati in bona propria, ex hac ſola ratione, qvia officio neceſſaria gerunt, inductum, ut exinde ſimpliciter concludere liceat, qvicunque non gerit officium publicum vel neceſſarium ſtatim de ſuo teneatur: Nam & Curator bonorum invitus nō datur *l. 2. § 3. de Curat. bon. dand.* gravius tamen qvam tutores & alii in ſua bona execut. non patitur *Speculat. de exec. ſent. §. omnino ibi Sententia lata p. 470. Ant. Fab lib. 4. tit. 7. d. 13.* atqve ſic neceſſitas officii cauſa ſolitaria illius juris eſſe non poſſit. 2. dato, ſed non conceſſo, hanc in publicis officiis eſſe rationem ſolam, tamen procurator privatus propterea & ex alia ſpeciali ratione non tenebitur, qvia non in rem ſuam, ſive qvod idem eſt, ſuo nomine non contraxit qvæ ratio aſſignatur in *l. 4 pr. de re judic.* qvo reſpexit *Berlicb. part. 1. concluſ. 75 n. 38.* ubi ex eadem ratione inſtitorem, qvia non ſuo; ſed alieno nomine contraxiſſe cenſetur, non poſſe arreſtari concludit, *& C. A. B. 81 de re judic. n. 3.* Videtur enim inter litigantes actum, ut in ipſum Dominum *cujus commodū & incommodū eſt*, detur actio judicati, cujus rationis ſolidate omnino idem in procuratore ad negotia, qvod ibi de procuratore ad lites definitur, admitti poſſe putamus, ſiqvidem ejusdem æqvitatis intuitu procuratorem, qui etiam ultro ſatisdando pro Domino ſuam fidem adſtrinxerat, ſublevari videmus *l. 34 in fin. de procur.* qvem textum in praxi commendat. *Hippol. Marſil. in ſingular. 233. n. 2. v. C. A. B. 8. de Procurat.*

§. 8. Imò contrarios illos textus *l. 67 de procur. & l. 3. §. 2. de adm. rer.* etiam abſqve diſtinctione inter publicum & privatum officium componi poſſe, ſic oſtendo: In utraqve lege qværitur, an is qvi ex officio contraxit, finito eo teneatur. Reſpondetur, qvod ſic in utrâqve: *Ratio dubitandi*: atqvi ex officio contraxit uterqve, qvod

 non

Proinde omninò concludo verbis celeberrimi *Mornacii ad l. ult. ſi quis caut. Hic textus ſpectat non modo ad tutores, ſed adeos omnes, qui aliena negotia gerunt, ut ſcil. qvicqvid, qvando gerunt, appoſito nomine promiſerint; nihil tamen eis officiat, imò evaneſcat ſtipulatio, ſimul atq; officio ſeu munere, qvod obibant tempore ſtipulationis defuncti fuerint.*

§. 11. (2) arg. qvod maximè urget *Bacch. d. tr. de act. p. 122.* procuratorem ad negotia ex contractu ſuo teneri de evictione, deſumitur *ex l. 49. mand.* ex qvo textu etiam *Ant. Faber. in rationalib. ad l. 49.* idem defendit non obſtante, qvod *in definit. Forenſ. lib 8. tit. 31. def. 6 diſerte contrariam ſententiam amplexus eſt.* Poſſem reſpondere cum *Donell. 4. comm. 16. lit. a. Molinæo ad Rubr. de V. O. n. 79.* & *Mornacio in d. l. 49.* procuratorem expreſſè ut *in l. 67.* evictionē promiſiſſe, vel cum *Burgundo d. tract. de evict. in l. 49.* ſpeciale eſſe, qvod ipſe procurator in rei ſuæ alienationem conſenſit: Verùm non opus eſſe arbitror, ut eo deveniamus, ſed ſimpliciter reſpondeo, procuratorem *in d. l. 49.* ideò non juvari vel auxilio Prætoris relevari, qvia ipſe vult vindicare, & contra proprium factum venire, cujus rei egregium arg. eſt in *l. 10. de diſtract. pign.* Ubi qvamvis creditor qvi jure pignoris vendidit non poſſit conveniri de evictione: tamen non ideò ei etiam eſſe contra proprium factum actionem concedendam, eò, qvod jura proniora ad liberandum, qvam ad obligandum *l. 47. de O. & A. v. hac relate Crav. de indemn. mulier. n. 14. 16. 20.* Veteres ut *Socin. conſil. 154. Alc. d. l. ad* hunc textum reſpondent, qvod procurator debeat contractum ratione ratione officii ſervare qvantum in ſe eſt, nec propterea ei concedi vindicationem, qvia ſibi ex ea vindicatione aliqvid velit acqvirere, atq; eo ipſo terminos officii excedat, qvod ſuo ſenſu etiam non videtur improbandum.

§. 12. Ex *l. 14. de publ. in rem act.* qvam Bacch etiam *d. l.* urget, planè nihil probatur, nec n. ibi ullum veſtigium apparet venditionem factam nomine procuratorio & contemplatu Domini: ſed potius procuratorè ſuo nomine vendidiſſe, l qvet ex iis, qvæ tradit *Fab. ibi in rational. ubi dicit, emtori, qvi omiſerat exceptionem propterea non ſuccurri, qvia ignoravit procuratorem habere mandatum.*

§. 13. (3) arg Baccovius depromit ab obligatione filii familias: Sic *n. p. 122. ſcribit eoq; facit, qvod etiam filius ſi injſu patris contrahat, ipſe qvoq; in ſolidum obligetur l. 3. §. 4. ſed utrū de min. l. pater ff. Qvod cum eo.* Verùm

nec

nec hoc argumento firmum qvid concludi, oſtendo verbis *Cuiac. in comment. de min. p. m.* 161. ubi ſcribit: *Non obligatur etiam filius familias ex procuratione rerum paternarum ſuſcepta. mandatu patris. E nec reſtituitur l 23. de min.* Et nota eſt diſtinctio Cujacii 15. *obſerv.* 19. *in fin.* circa conciliationem horum textuum interjuſſum & mandatum ſi pater juſſerit filium non reſtitui, reſtitui, ſi mandaverit. Sufficit E nobis filium tunc non obligari & per conſeqvens non reſtitui, qvando ex mandatu patris & adminiſtratione parentis aliqvid geſſit ſive procuratorio nomine contraxit, qvicqvid fiat ſi juſſu patris contrahat.

§. 14. Qvanqvam, ſi ritè *l. 3.* §. 4 intueamur, in eâ abſolutè non dicitur, filium juſſu patris contrahentem ſemper obligari: ſic enim ſonant verba textus: *ſi ſint obligati.* E. aliqvando obligatus non eſt, ut exceptio confirmet regulam: Erit a. filiusfam. juſſu patris obligatus, ſi ſuo nomine & in ſuam utilitatem contrahat, & juſſus patris loco fidejuſſionis interveniat, *ut l. 7. ff Quod cum eo*, Non erit obligatus, ſi illum contractum celebret ex re & negotiis paternis & mandatu patris *l. 23. de min.* eodem modo qvo inſtitor ſimpliciter in terminis ſui officii contrahendo: qvam reſponſionem etiã alibi retulit ipſe *Bacchov. in comm. ff. lib. 4. tit. 4. p.* 1099. *ibi: & magis dicam poſſe & filium, qui ex mandatu patris negotia & res curat officio ſuo fungi, ut ipſe promittendo aut aliàs contrahendo ſe non obliget, & ita adminiſtret, ut ipſe conveniri vel teneri neqveat, adeóq; nec reſtitui parum abludit hinc qvoq; Buſius in ſubtil. iur. lib 3. c. 6.* ubi horum textuum conciliationem ex profeſſo tractavit. *ibi obligatus eſt authoritate ipſe ſua &* concordat *l. 4. C. qvod cum eo*, qvi textus, qvamvis non incommodè qvod filius ſimpliciter ut nuncius intervenerit cum Accurſio poſſit accipi, tamen hac ſola diſtinctione, ut tunc demum teneatur procurator, ſit ut nuncius interveniat, tota hæc controverſia exhauriri non poteſt, *ut ſup. dictum c.* 10. qvamvis non ignorem Bacchov. tandem eò declinare, vt ſi procurator contemplatu Domini contraxit, imitari naturam nuncii videatur, qvod tamen in præcedentibus, qvoad contractus conſenſu ales, in quibus per liberam perſonam nulla actio acqviritur, non poſſe admitti, tam acriter diſputavit. Et hæc ſunt potiore obſtacula qvæ pro tuenda prædicta opi-

pi-

pinione Alciati duximus removenda, ſi qvæ alia ſunt, ea commodius ipſi conflictui reſervamus.

CAPUT DUODECIMUM.

Qvod temperamento præmiſſæ ſententiæ, neceſſarias ſuperaddit limitationes.

§. 1

VIdimus in qvæ extrema devenerint DD. negativæ ſententiæ ſupra in c. 2. dum docendo & conſulendo pervicaciter ſuſtinuerunt, inſtitores etſi mille literis ſeſe debitores ſcribant, tamen non fore obligatos. Idem ne & nobis contingat, ut ſuperſtitioſi illi Factores, qvi hodie ut plurimum re, qvod olim nomine erant, Χρυσόγονοι & κερμακόλλυβοι, qvibus nihil ſacrum præter pecuniæ lucrum *Eraſm. in adag.* ſibi abundè abſq; ullo obligationis vinculo contrahendi eſſe licentiam, fortè perſvadeant, jam certas qvoq; ſubnectemus limitationes, qvibus non obſervatis illi non minus ac ipſi Domini efficacisſimè obligentur.

§. 2. (1) Principalis & perpetua in tota hac controverſia noſtra fuit hypotheſis, ut contractus fiat nomine & ex re Domini *l. 6. §. 1. ff. de neg. l. 68. ff. de procur. l. fin. ff. de inſt. act.* unde aliqvidisſimè fluit, ſi alterum ex his reqviſitis deſit, inſtitorem efficaciter teneri. Nec ex alio, qvam ex hoc unico fundamento & defectu alterutrius reqviſiti, inſtitorem in Cameræ Imperialis judicio fuiſſe condemnatum, diſcimus ex *Gylmanno, tom. 4. Symph. p. 1. vot 32. n. 11. ibi: Secus ſi ſub tali qvalitate nec expreſſe nec præſumt. &c.* Non tamen neceſſe eſt, ſemper conceptis verbis eum hoc dicere, im Nahmen und Befehl ſeines Herrn/ ſed ſufficit ſaltem officii qvalitatem, ut inſtitoris, tutoris &c. nominaſſe, ſi enim contrahens, ſub hac qvalitate eum eo contraxerit, naſcetur continuò præſumtio pro inſtitore, eum ſuam perſonam excipere voluiſſe *Berlich. deciſ. 15 n. 5. & 6.* & alterum in contemplatione hujus officii contraxiſſe *Menoch. lib. 3. de præſ. 49. n. 19.* cum hoc caſu ignorantiam alter prætendere non posſit *l. 7. ff. ad SC. Vellei. Alciat de præſumt. reg. 24. in med. Mantic. de tac. & Ambig. convent. lib. 7. tit. 18. n. 17. ibi niſi ſciat.*

H §. 3. Meli-

§. 3. Melius tamen ſibi conſulunt inſtitores, ſi ſemper expreſſè nomine Domini contrahant *Vigel. part 5. lib. 21. c. 8. qvaſt. 10. reg. 1. v. C. A. 8. 4. qvando ex fact. tut.* præſertim Factores, qvi etiam propriam negotiationem exercent, *v. Gylm. d. l. n. 2. & n. 11. in fin.* qvi enim ſimpliciter contrahit cum ignorante, præſumitur, qvod illum contrahentem, nomine proprio contraxiſſe *Gilhauſ arb. iu l. c. 6. p. 7. §. 65 n. 2.* & propterea cum ignorans non poſſit dici contemplatione ejus Domini contraxiſſe; procul dubio inſtitor ipſe tenebitur *Göd. conſil. 58. n. 24. Deciſ. Rot. Gen. 14. n. 99. ibi: qvos participes ignorabant.*

§. 4. Non autem ſufficit ſolùm nomine Domini contrahere, ſed oportet, ut id fiat ex re Domini: *d. l. ult. de inſt. act. ibi ad fidem menſæ proteſtandám, qvod eleganter vertit Mornac. pour entretenir le credit de la banqve.* Qvid autem ſit ex re Domini contrahere, explic. *Cuiac. in Reſp. Papin. lib. 3 ad l. 68. de procur.* illud ſc. quod in adminiſtratione rerum domini conſiſtit, Græci *ἐν τοῖς πράγμασι τοῦ δεσπότου.* & *in lib. Julian. ad Urſei feroc. in explic. l. 45. de acqvir. her.* qvod mei gratia, contemplatione, intuitu vel beneficio alij datur *l. 5. de iur. dot.* Propterea non juvabit inſtitorem, qvamvis contrahat expreſſè nomine Domini, revera tamen ſibi negotium gerat, cum plus valeat veritas rei geſtæ, qvam falſa ſimulatio *l. 6. C. ſi qvis alteri vel ſibi r. t. C. plus valere.* Nec attendatur nomen proprium vel alienum contractus, ſi ex antecedentibus vel ſubſeqventibus contrarium appareat *Aug. Bero. qvaſt. 46 n. 5.* & talem hominem, qvi iuſſus emere nomine Domini emit poſtea propter lucrũ nomine proprio, teneri de fide rupta monet. *Scacc. tract. de commerc. p. 389. n. 380. ad Franciſc. Marci deciſ. Delphin. 9. circa finem ibi: ſi malignabatur nomine proprio emens. Henning. Goden loco alleg.*

§. 5. (1) Reqviſitum eſt, ne inſtitor ipſe ſeſe pro Domino in ſpecie & qvaſi fidejuſſor obliget & fidẽ adſtringat: hoc n. ſi conſtiterit omnino & durante & finito officio de ſuo tenebitur *l. 67. de procur. l. 6. §. 1. de neg. geſt. ibi. Qvid tamen.* Qvod ipſum iterum obtinet in perſonis ex publicis & neceſſariis officiis contrahentibus, non ſolum ſi novandi animo, ut expromiſſores principalem debitorem liberaverint, qvod extra controverſiam *l. 3. §. 2. de adm. rer l. 5 qvand. ex fact. tut.*

tut.

tur. Sed etiam ſi non, ut expromiſſores, ſed ut fidejuſſores (ſicut procurator in *d.l.67.*) ſeſe obligaverint *l.15.C.de adm.tut. l.43. §.1. de adm.l.ult.C.ſi tut.interv.C. A.B 4.quando ex fact.tut.Carpz.part.1.conſt. 32.def.14. Gutierez.de tutel.p.2.c.13.n.2.Hartm.Piſt.obſerv.20.Berlich.dec. 13.n.6.& dec.14.* & in his terminis demum teneri inſtitorem, conſtanter conſentiunt. *Treutl. Harprecht.& alii c.4 ſupra adducti*, qvia in eo eſt animus obligandi & vinculum pro Domino obligat. ſuſcipiendi, idq; ſine ullo dubio, ſi de eo expreſſe conſtet. *Mantic. lib.8. tit. 11. n.5.* qvod patebit ex formulis verborum, qvibus utitur: **der Herr ſehe auff mich/ich will ſein Mann ſein ſo fern es mein Principal nicht zahlet will ichs zahlen** *v. Mantic. de tac. convent. lib. 19.tit. 4.num 3 ibi: ex qvibus appareat animo conſtituendi.* Hac enim obligatione non eximetur, qvamvis millies officium finitum ſit, *d.l. 67.& l.6.§.1 de neg.geſt.* dedit enim animam pro eo, cujus nomine fidem adſtrinxit *Eccleſ.c.29.* & meritò perpetuo tenetur. *Mornac. ad l.1.§.2.ff.Qvod juſſu.*

§ 6. Qvod ſi verò illud expreſſe non conſtet, ſed qvidem inſtrumento ſit poſitum nomen & qvalitas officii, & inſuper etiam ex re Domini contractum ſit, fortè tamen additum, *pro ſe & ſuis heredibus*, qvæſitum fuit, an his verbis ſeſe obligare voluiſſe cenſeatur? Sanè DD.communiter poſt veteres *Bart. Bald. Salic. Socin. & Modernos Manticam, de Cald. Eberh iun.vol.2. conſil.6.n.35.* latè deducunt, hoc caſu inſtitorem, qvia notiſſimos terminos officii excedit, in ſpecie obligatum videri, qvod etiam qvoad tutorem obſervavit. *Hartm. Piſt. obſ. 20.* ubi ex eo ſolo, qvod in inſtrumento facta fuerat mentio heredum, tutores in ſolidum condemnatos ſcribit. *Berlich. tn. in deciſ.15.n.2.* in contrariam ſententiam, affert præjudicium Scabinat. Lipſienſis, & proinde ad illos etiam hoc caſu ſublevandos propenſior videtur, qvæ opinio forte admitti tunc poſſet, ſi illa formula *ſe & ſuis heredibꝰ* potius à Notario ex conſveta inſtrumentis inſeri formula, qvam deliberato animo, adjecta fuiſſe, probari qveat. *v. Carpz. part.2.conſtit.19.d.6.n.6.in fin.*

§.7. (5) Reqviſitum ut d.ſententia obtineat, eſt, Ne inſtitor ſimul cum Domino participet de lucro ex illa negotiatione proveniente, ſive ſit unus ex ſociis. Qvo caſu interdum etiam eum, qvi

Digitized by Google

caput eſt ſocietatis inſtitorem vocari tradit *Rot.Gen. dec. 71.n. 4.* ceſſante enim hic æqvitatis ratione, qvæ alias ex defectu lucri & commodi pro inſtitore militabat omnino æqvè graviter obligabitur ac unus ex reliqvis ſociis *v.late Eberh. iun.d. conſil. 6.n.1. & 2.* unde etiam fœmina ſeu uxor, qvamvis ex contractibus ſuis in negotiatione æqvè ad maritum ſpectante obliget maritum *l.7. §.1. de inſt. ad Coſta de iur. & fact.ignor. inſp. ſt. 43. n.9.* tamen & ipſa etiam in ſua bona executionem pati debet, qvando illa ſimul cum marito negotiationem exercet *Gail. lib. 2. obſ.92.n 5. ad Cald. de contrah.emt. & vend. c.15.n 52. Mornac. ad l. 4. C. de exerc. act. Chriſtinæ vol.3. deciſ. 33.n.8.*

§.9. (4) Reqviſitum eſt, ut inſtitor præciſè ſervet legem præpoſitionis & ſecundum eam contrahat *l. 5.§. 11.l. 11.§.de inſt. act.* ſive ſi ſit procurator ad negotia non excedat mandati fines *l. 5.ff. mand §.8. Inſt.de mand Bacch.in comment. ad. d.§.8. ubi qvædam notabilia ex Gellio refert.* Qvod ſi contra fecerit, qvia eo caſu inſtitor Dominum nõ obligat *l. 5.§.11.de inſt. act.* æqvum eſt omnino ne decipiantur contrahentes *l.17. §.3. de pign.act.* ut ipſe firmiter obligetur, qvi terminos officii egreſſus ſpõte ſe obligavit *l.43. §.1. de adm.tut. Mantic.de ambig.convent.lib 8.tit.11.n.6. Afflict. deciſ.145.prope fin. Capec. deciſ.60.n. 79.* An autem & qvando qvis fines mandati exceſſiſſe videatur tract. *Mozz.de contract.ap.698.uſqve ad p. 713.* & an poſſit facere ea, qvæ veniunt tacitè in conſeqventiam mandati *Maſtril.dec.204.n.7.* & alii.

§. 10. (5) Reqviſitum eſt. Ut inſtitor bona fide & absq; fraude verſetur. Qvamvis enim ille dolum circa ipſam adminiſtrationem & officium committens dominum obliget *l. 11.§.5.de inſt act.Giurba deciſ.88.* niſi cõtrahens particeps doli fuerit *d.l.11.§.5.* qvod in procuratore ad negotia ſecus eſſe putat. *Coſtal.ad d. l.11.* regulariter ſcil.nam dari caſus, ubi etiam dolus procuratoris Domino nocet dubium non eſt, licet eo nomine procuratorem habeat obligatum *v.l.10. C.de procur.* qvemadmodum etiam famuli ſuo delicto in & circa commiſſum officium commiſſo Dominis nocent *l.5. §.8. de inſt.act.l. 1.§. 3.ff.Furti adverſ. naut.Chriſtinæus deciſ 33.vol.3.n.4.Stam. de ſervit.perſon lib.2.c.15.* tamen etiam ipſe inſtitor ſecum contrahenti, qvem decepit, firmiſſimè, obligabitur, qvia dolo fecit *l. 6.ff. Qvod cum eo l.10.§. 7.mand.* qvi nunqvã debet eſſe impunitus *l.11.§.1.ff.de dol.mal. & met.*

exc.

Digitized by Google

exc. l. 4. C. de liti &c. qvod idem etiam in tutore, Curatore & aliis ſimilibus obtinere patet ex l. 43. de adm. tut. l. un. ff ſi qvis ius dic l. 4. de tabb. exhib. l. 11. qvod vi aut clam. v. Mynſing. reſponſ. 53. Coſtal. ad l. 61. de procur. Montan. de tutel. c. 31. effect. 5. num. 10.

§. 11. Hinc cum nemo reprobos nummus ſolvendo liberetur l. 24 §. 1 ff de pign. act. Sed is, qvi eos accipit, magis decipiatur, qvam paciscatur Ant. Fab. add. l 24. dubitandũ non eſt. inſtitorẽ ejam finito officio teneri ad emendationẽ damni; prout qvoq; in omnibus aliis uſi fraus & dolus ejus detegi qveat firmisſimo obligationis pro priæ vinculo manebit adſtrictus. Et ad hoc qvintum reqviſitum pertinent omnia ea, qvæ DD. fuſè de contractibus inſtitoris remoti & falſi procuratoris tractant de qvibus text. in l. 14. de condict. cauſa dat l. 18. de ſolut. l. 26 § 5. mand. & paſſim v. Craveit. conſil. 387. n. 5. Plures alias exceptiones, qvas ad nauſeam videas cumulatas apud Barboſ. in Codic. ad tit. de inſt. & exerc. act. Tuſchum, Manticam, de Caldas, Guttierez, loc. ſupra alleg. cum ut plurimum ad hæc v. membra posſint reduci conſultò prætermittimus.

§. 12. Hiſce qvinq; reqviſitis ritè obſervatis, ſtat ſententia firmiter propter rationes ſuperiꝰ adductas, conſtantẽ celebriorum DD. cõſenſum, praxin & uſũ qvotidianum Inſtitorẽ inſtar aliarum perſonarũ ex officio contrahentiũ durante officio ab executione in bona propria, finito v. ab ulla ulteriori actione omnino abſolvendum.

§. 13. Concludimus cum Cyro 4. παιδείας Xenophonteæ: Ἐγὼ μὲν ὄ τι γινώσκω, εἰδ᾽ ἄλλος τις ἔχει ἄμεινον, λεγέτω. Qvod ſi fortè ex præcipiti feſtinantia aliqvid minꝰ congruũ exciderit, æqvos ſperamus cenſores, qvi in totius hujus rei tractatione unicè ob oculos habuimus, id qvod Guilem. Forſter. in ſua hiſtoria iuris in vita Bartoli cap. 27. ſcribit: Bartolum ſemper opiniones, qvæ laicis magis conſentaneæ eſſet & ad intellectum communẽ & æqvitatem propiꝰ accederent, amplexum & in obſcuris potiꝰ iudicium rectæ rationis, qvã nimiæ ſubtilitatis ſecutũ fuiſſe, qvod etiam in deciſionibus cauſarum maximè ſpectari, rurſus me docet Bened. Carpz. p. 3. c. 14. d. 2. n. 4 cujus magni Viri placito etiam hanc diſſertationem obſigno.

SOLI DEO GLORIA.

Digitized by Google

J. N. J.

DISSERTATIO LEGALIS TERTIA.

DE

ACCESSIONUM QVIBUSDAM MAXIME CONTROVERSIS SPECIEBUS,

Autore

D. JOHANNE STRAUCHIO, JCti. hodiè Prof. P. Jehn: &c.

Pro Gradu.

ANNO. 1651.

Adſis Jehova, cum Spiritu tuo! Amen.

NOn ſigna eorum ſeqvar, qvi certum ſibi Argumentum, omnibus numeris perficiendum præcipiunt, & in operis juſti formam exſtruunt. Neqve enim hoc; ſed materia diſceptandi qværitur. Id nobis rerum acceſſiones præbento. De qvibus non ad normam eorum, qvi in hoc genere militiæ tactica præſcripſerunt, ſed prout aliud ex alio incidet, ita agam. Itaqve qvod benè vortat:

THES

THES. I.

ſs ſeu facultatem aliqvid vel agendi, vel agendi, vel habendi in
ocietate civili, cives inter ſe, virtute juſtitiæ commutativæ conſe-
, vel de perſona vel re; Et de re qvidem dupliciter, vel in ipſâ
ad ipſam, plusqvàm translatitium eſt. Jus reale conſideratur
ut in re principali vel acceſſione ejus in eſt, Res enim non nu-
ſed cum acceſſionibus ſubind eſuis reſtituenda venit, omniq;
à, *l.35. de V. S.*

II.

Accedere autem in jure dicitur, qvod qvovis modo alteri cui-
i comitatur adjacet, vel ad illud refertur aut conſeqvitur.
ccedere res rei dicitur in jure, vel firmandæ, ut fidejuſſoria obli-
o principalis acceſſio dicitur. *§. 5. Inſt. de fideiuſſ.* Vel ſocian-
ſic acceſſio in obligatione, qvando vel perſonæ creditoris alia
ngitur; qvæ acceſſio perſonæ dicitur, ut: Mihi aut Titio dare
Vel rei, ut: Mihi X. aut Sticho hominem? *l.44. §. 4 ff. de O. & A.*
continuandæ; Sic poſſeſſionis acceſſio dicitur, qvando ſucceſ-
poſſeſſio cum auctoris ſui poſſeſſione conjungitur *l. 2. ff. de div.
np. præſc. l. 2 §. ſi à fur. 16 ff. pro emt.* Sed in præſentiarum intelli-
is rem, qvæ ab aliâ tanqvam cauſâ, vel ſubjecto ſuo dependet,
eam reſpectum habet. Ut itaqve acceſſio nobis ſit, qvæ ad
um ceu principale refertur, ejusqve cauſam ſeqvitur.

III.

Eſt qve vel naturalis, vel induſtrialis. Per naturales intelligi-
ion tantùm eos effectûs, qvi à cujusqve rei naturâ, ceu principio
no prodeunt, ut fœtus, partus, fruges, poma, lac, lana & dein-
Sed qvæcunqve in rerum naturâ exiſtunt, absqve hominis o-
V.G. Id, qvod impetu fluminis adjicitur. *§. qvod vis 21. Inſtitut.
D. junctâ l. 5 §. 3. ff. de R V.* alveus derelictus, Inſula in flumine na-
§ 5 l. 30. §. 2. ff. de A. R. D §. 22. & ſeq. Inſt. de R. D. Alluvio ſeu
nentum illud latens. qvod motu fluminis paulatim adjicitur. *l.
A. R. D §. 20. Inſt. de R. D.* Et locum habet in flumine, non lacu
igne *l. 12. ff. h. t. l. 24. §. fin ff. de aq. & aq. pluv. arc.* De hoc jure
gypto olim freqventes controverſiæ, ut conſtat ex *l. 2 & 3. C. de
allu-*

Digitized by Google

alluvionibus ubi hi, qvorum agri minores vel deteriores facti eſſent, relevantur, ut, qvi ſuum deplorant amiſſum patrimonium, pro qvalitate & qvantitate ejus, qvod in cenſu poſſident, publicis penſitationibus reſpondeant. Et *l. 3. qvod per alluvionem Nilus agro addiuit tuo, fieri tuum dicitur, ut à fiſco vindicari non poſſit, nec credatur qvid ſeparatum ab agro principali.* In cauſa eſt annua Nili exundatio, qvâ tota Ægyptus obruitur, præter habitationes. Vide *Strabon. lib. 17. & l. 1 §. ripa ff. de flumin. Diod. l. 1. c. 81.* Qvapropter Ægyptus magnis molibus & ageribus præmuniebatur ſeu chomatibus, qvæ aqvam Niloticam continerent. Ita enim appellari aggeres iſtos *Ulp. l. pen. ff. extraord. crim.* teſtatur. qvæ qvi rupiſſet primitus extra ordinem, *d. l. pen. poſtea l. un. C. de Nili agg. non rump.* vivicomburio plectitur, ſi anteqvam Nili incrementum exceſſerit XII. cubitum, ruptis aggeribus immiſerit flumen. Cæterum alluvio neqve facit acceſſionem agris limitatis, ſed arcifiniis *l. 16. ff. de A. R. D.* Sed qvi agri limitati? *Frontinus & Aggenus de limitibus agrorum: Limes eſt, qvodtunq; in agro operâ manuum factum eſt, ad finium obſervationem.*

Qvorum ergo cunq; agrorum fines arte vel operâ hominis, puta ductâ transverſim viâ poſiti erant, limitati dicebantur: Arcifinius verò, qvi nullâ menſurâ, nullis limitibus claudebatur: Sed montibus, aut fluviis, aut viis, aut rivis, aut foſſis, aut aqvarum divergiis, aut arboribus antemiſſis, qvas relinqvebant agricolæ, aut qvodam culturæ diſcrimine diſterminabantur. Dicebantur autem ita ab arca finali, qvaſi qvorum, finium regundorum cauſâ, arca conſtructa. Erat enim arca, monumentum, in finibus agrorum exſtructum, qvam pro termino obſervabant. *Front. de limit. agr. Caſſiodorus arcaturas vocat 3. Var. 52. Seneca Ep. 13. In ipſâ Scipionis Africani villâ jacens hæc tibi ſcribo, adoratis manibus eius & arcâ, qvam ſepulcrum eſſe tanti viri ſuſpicor.* Erant enim arcæ finales ut plurimum ſepulcrales, & condendis mortuis, ita tamen, ut ſimul finibus faciendis ſervirent. Sed mittamus hæc ejusmodi, & ſuo foro ſervemus.

IV.

Videamus de Fructibus. Qvi vel naturales ſunt, vel civiles. Illi vel naturales in ſpecie, vel induſtriales, Utriq; vel pendentes, vel percepti, & hi aut exſtantes, aut conſumti.

Natu-

Digitized by Google

Naturales in genere ſunt, qvi ex ipſô rerum corpore proveniunt. Naturales in ſpecie, qvi à ſolâ naturâ hominis operâ vel parum vel non cooperante, ut poma, pira, gramen, lana, fœtus. Induſtriales, qvi cooperante qvidem naturâ; Sed non absqve induſtria humana proveniunt, ut frumenta, legumina &c. Civiles, qvi occaſione rei, ſeu propter ejus uſum penduntur ab utente, ut naula, portoria, mercedes &c.

V.

Adqviruntur fructus B. F. poſſeſſori omnes, tàm naturales qvàm induſtriales. Bonæ, inqvam, Fidei poſſeſſori. De qvo paulò plura nobis videntur eſſe dicenda. Et qvidem jus ejus, qvo nititur, dominium à jure præſumtum vocari poſſe paulò infrà trademus, vel dominium per juris fictionem, & convenit cum vero in effectu, propter bonam fidem, qvæ tantundem præſtat poſſidenti, qvantum veritas, qvoties lex non eſt impedimento *l. 136. de R. I.* Qvid verò bona fides? Qvid veritas? Et illa qvidem Ciceroni *l. 1. offic.* à fiendo dicitur, qvòd fiat, qvod dictum eſt. Sed Tullius ϛωϊκωτέϱως ἐτυμολογεῖ Magis eſt, à πείϑω ut deducatur. Nam πείϑεσϑαι, perſvaderi credere, fidere. Rem ipſam *in Partitionibus Orator.* definit; qvòd ſit opinio firma. Aliter *1 offic.* qvòd dictorum conventorumqve conſtantia & veritas. Qvæ poſterior deſcriptio, etſi recepta, tamen formalem fidei rationem exponere non videtur. Potiùs enim complementum fidei ponit, eas nempe res, qvas de futuro reſpicit, qvasqve fore confidit. Propriè autem fides non eſt conſtantia noſtra: Sed perſvaſio de alterius conſtantia & creditoris eſt, qvi, qvâ talis, nihil de ſe præſtat; Sed præſtatione alterius confidit, ceu futurâ. Ita poſſeſſor B.F. dicitur, non qvatenus aliqvid præſtat de ſe, qvod fidei nomine venire poſſit: Sed qvi fidit integritati auctoris ſui, dominum ſe gerentis. Ita contractus B. F. ſunt, non qvatenus præſtat alter contrahentium qvod ex natura contractus præſtandum; Sed qvatenus confidit alterum, qvod naturæ contractûs, citra expreſſam cautionem, vel mentionem contrahentium eſt, ſuâ ſponte facturum. Ut adeò B. F. ſit aſſenſio rem juſto titulo accipientis, qvâ confidit aſſeveranti rem ſuam fuiſſe. Itaqve B. F. poſſeſſor eſt, qvi fidit auctorem ſuum, à qvo cauſam habet, fuiſſe do-

I mi-

minum. Ex qvibus ſeqvitur, dominum verum & B.F. poſſeſſorem, propriè ſic dictum, non differre hâc tenus, qvâ uterq; benè ſperat de auctoris ſui dominio. Ita enim uterqve B. F. poſſeſſor eſt. Reſpectu autem veritatis differunt, qvâ dominum verum non fallit ſua fides; Fallit autem B. F. poſſeſſorem. Eſt itaqve veritas *in d. l. Bona fidei.* Non judicium intellectus, auctorem ſuum verè dominum judicantis; Neqve veritas rei extra intellectum eam apprehendentem, qvæ ſubſtantiâ dicitur *in l. §. 2. ff. pro emt.* Sed veritas rei, ſeu eventûs, ab intellectu apprehenſa & cognita. Qvamdiu itaqve B.F. poſſeſſor firmiter tenet, auctorem ſuum fuiſſe dominum, tamdiu B. F. ei tantumdem præſtat, qvod vero domino. Id qvod omnium luculentiſſimè apparet in fructibus. Qvos qvemadmodum ſuos facit dominus verus, vi dominii: Ita B.F. poſſeſſor jure præſumti dominii, propter Bonam F.

VI.

Diximus à B. F. poſſeſſore omnes omnino fructus. *§. 35. Inſt. de A. R. D.* adqviri, perceptione ſolâ. Qvia non jure ſeminis, ſed ſoli adqviruntur. *l. 25. pr.* & *§. 2. de uſur.* At parile jus in ſolo B. F. nudo poſſeſſori, qvod veritas domino præſtat. *d. l. bona fides. de R. I.* Sed addit lex eadem; QVOTIES LEX NON EST IMPEDIMENTO. Eſt autem lex impedimento I. Conjugi percipienti fructus ex re donatâ à conjuge. Ille enim induſtriales tantùm facit ſuos *l. 45. de uſur.* Ratio differentiæ inter B. F. poſſeſſorem, & Conjugem donatarium eſt, qvòd ille lucretur fructûs propter B. F. qvam habet in re poſſeſſa. At conjux donatarius, qvi per donationem fundi dominus non efficitur, ſed poſſeſſor, *l. qvod uxor. 16. l. 1. §. ſi vir 4. ff. de adq. poſſ. l. 1. in fin. pro d. nat.* (Nam jus Civile qvo prohibetur donatio inter conjuges, efficere non poteſt, qvò minùs poſſeſſio naturalis, volente donatore tranſeat in donatarium. *l. ſi donata. 16. ff. don. in V. & U. l. 1. §. fin. ff. pro hered.*) Ex eâ poſſeſſione adqvirit fructûs, induſtriâ ſuâ qvæſitos, qvia mulier qvantum ad hos non eſt pauperior, cum fieri poſſit, ut etiam non factâ donatione eos donans non percepiſſet, nec donator poſſit pauperior videri, qvia ei nihil ideò abeſt. *l. ſi ſponſus. 5. §. maritus. 13. l. 25. ff. de I. dot.* Qvemadmodum donatio pecuniæ facta ab uxore non valet, licet uſuræ à marito ſuâ induſtriâ ex illa pecuniâ

redactæ

redactæ ad maritum pertineant *l. ex annuo 15. §. 1. l. ſiqvis. 21. §. ſi uxor ff. de don. int. V. & U.* II. Lex impedit qvoqve illos, ut fructûs omnes indiſtinctè cum reipſa reſtituant, qvi rem habent ex mortis causâ donatione convaleſcente donatore. *l. ſi qvis mortis 12. ff. de cond. cauſ. d. con. ſeb.* Item qvi fructus perceperunt b. f. ex re indebite ſolutâ *l. 15. pr. ff. de cond. ind.* III. Lex impedit, qvi fructus in ſortem imputare tenentur. *l. cum debitor 8. ff. in qvibus cauſ. pign. junctâ ſi pignore 22. §. 2. ff. de pig. act.*

Adqvirit itaq; b. f. poſſeſſor fructûs omnes & facit ſuos, qvamdiu videlicet ſine controverſia poſſidet, & res à domino non evincitur. *l. qvi ſcit. 25. §. fin. ff. de uſur.* adeoqve interim, vel ut interpp. loqvuntur, revocabiliter, ſiqvidem dominus rem evincat ante conſumtionem. Nam conſumtio demum plenè & irrevocabiliter adqvirit, ut de conſumtis non teneatur. *l. qvæſitum 40. pr. ff. de A. R. D. §. ſi qvis 35. Inſt. de R. D.* Sed qvid ſi locupletior factus? Tum multi b. f. poſſeſſorem de conſumtis teneri volunt. (qvis autem dicatur factus locupletior, exponit *l. 18. ff. Qvod met. cauſ.*) Sed diſtingvo inter judicium univerſale, hereditatis petitionis, & ſingulare: In hoc negamus teneri, qvi poſſeſſor fructus lucrari dicitur *l. 4. §. poſt litem. ff fin. reg.* Lucrari autem eſt, qvando qvæſtum & acceſſionem percipio *l. 13. ff. rem. rat. hab. l. coire. 7. l. Mutius 30. ff. pro ſoc. l. actionem. 25. §. 1. O. & A.* qvia conſumtos ſuos facit, ut poſt modum dominus fundi de iis agere non poſſit. *§. ſi qvis 35. Inſtit. de R. D.* Deniq; qvia judex conſumtorum rationem non habet. *et ſi in rem. Inſt. de off. Iud.* Id verò ſecùs in judicio univerſali, in qvo b. f. poſſeſſor locupletior factus, tenetur de conſumtis qvoq; Qvia fructus in hereditatis petitionem tanqvam augmenta hereditatis indiſtinctè veniunt. *l. item veniunt. 2. §. item 3. verſ. fructus. l. ſed et ſi 25. §. & alibi ff. de her. pet.* *Jam* verò hereditas univerſalitatem denotat, ita, ut res hereditariæ non conſiderentur ut res ſingulæ, ſed veluti genera, functionem alterius ſpeciei pro altera recipientia, adeoqve pretium pro re & vice verſa fungatur *l. 22. ff. de her. pet. Magnif. Dn. Franz. exer. 4. qvæſt. 9.*

VII.

De fructibus ex cauſa fidei commiſſariæ hereditatis reſtituendis expeditum eſt, hos in reſtitutionem ipſo jure non venire; *l. ſed*

I 2 com-

commiſſ. ff. ad SCt.Trebell. Niſi mora heredis reſtitutionem præceſſerit, *l.32.ff. de leg.1. ſi quis ſerio 84. De leg. 2.* Deinde intereſt, utrum ex judicio teſtatoris, an ex fideicommiſſarii negligentiâ fructus heres retineat. Priori enim caſu, ſi ineunda ſit ratio legis Falcidiæ, compenſatione facta, aut eam excludunt, aut minuunt. Poſteriori vero licet nondum conſumti, lucro heredi cedunt, & extra computationem qvartæ, qvaſi propriûm retinentur *l. mulier. 22. §. ſi heres ff. ad Trebl.* Fidei commiſſo purè relicto. Nam ſi ſub conditione vel in diem hereditas reſtituenda, qvod interim percipitur, Falcidiam ſummovet, qvoniam ex judicio teſtatoris fructus percepti, videntur ratione ex temore mortis teſtatoris ineundâ.

Adeò, ut etſi emolumentum fructuum qvantitatem Falcidiæ ſuperet, illud etiam, qvod excedit, heres retineat *l.27.§.16.ff ad Trebell.* Niſi teſtatoris voluntas expreſſa in contrariam ſit, qvam non arguunt tales formulæ: Qvidqvid ad eos ex hereditate boniſqve pervenerit *l. heredes mei 57. ff. ad Trebell. l. qvod his. 84. ff. de leg. 3.* Qvanta pecunia ad heredem pevenerit. *l. ſcribit. 33. ad Treb.* Excepto caſu *l. Balliſta 32. ff. ad Treb.* qvi talis proponitur, uti, licet ſpecialia verba, hanc voluntatem non exprimant, pro expreſsâ nihilominus habeatur, arg. *l.77 §.23 ff de leg. 2.* ex qva apparet, qvandoq; in iis, qvæ ſpecialem voluntatem reqvirunt, eam ſuppleri perinde, ac ſi teſtator nominatim ita caviſſet. Utut igitur in *d.l. Balliſta*, teſtator ſpecialia verba omiſit, nihilominùs fructus debentur, qvia ex tota orationem emens teſtatoris colligitur fuiſſe, ut coloniæ Philippenſium omni meliore modo proſpiceret, qvæ enixa voluntas ut exitum habeat, ad omne ſucceſſionis emolumentum in gratiam fidei commiſſarii veniet porrigenda.

VIII.

De fidei commiſſis & hoc lubet attingere, utrùm fidei commiſſo poſt mortem heredis inſtituti his verbis relicto, qvidqvid ex hereditati ſupererit, omnes fructus ſine ulla deductione contineantur, qvi tempore mortis ex hereditate ad huc ſuperſunt? Id negat *Papinianus l. deducta 58. §. pen. ff ad SCt. Treb.* hâc ratione, qvod lex reſtitutioni dicta, diminutionem qvidem hereditatis admittat, fructuum autem additamentum non recipiat. *Cujacius ad Papin.* hanc ra-

rationem aſſertioni contrariam eſſe & hunc ejus putat ſenſum: heredi tantùm permitti diminutionem, medio tempore, non etiam hoc, ut poſſit fructus ſibi aducere ſuperfluos, nec reſtituere fidei commiſſario. Deberi ergo ab herede fructus ſuperfluos. Ergo malè legi: fructus ſuperfluos reſtituere non videri. Ideoqve negationem expungit. Confirmat opinionem *l. in fidei commiſſ. 3. §. nonnunqvam. 2. ff. de uſur.* ubi reſtituere rogato, qvidqvid ex bonis ſupererit, fructus, qvi tempore mortis ſuperſtites inveniuntur, eſſe in cauſa fidei commiſſa à JCto reſpondetur. Utrùm diſtingvemus inter id qvod ex hereditate, & qvod ex bonis ſupererit? Sed hanc diſtinctionem ipſe Cujacius profligat, ex *l. heredes. 57. pr. ff. ad SCt. Treb.* ibi: ex hereditate bonisve. Et rectè: Qvid ergo? Nimirum utriusqve legis, & *l. 3. §. 2. de uſur. & l. deducta §. pen. ad SCt. Treb.* longè diverſa eſt ſpecies. Hujus qvidem hæc: Titius 400. in bonis habens, deceſſit relicto Sempronio herede, eoqve rogato, ut qvod ex hereditate ſuperfuerit, Mævio reſtitueret. Ante diem fidei commiſſi cedentem heres centum diſtraxit, & ducenda cum moreretur in fructibus reliqvit. Qværitur, an qvod ex hereditate diſtractum, ex fructibus, in qvantum illi qvantitatem diſtractarum rerum excedunt, ſuppleri oporteat? Qvod negat Papinianus addità ratione, qvòd teſtator per ea verba alienandi, qvidam bonâ fide poteſtatem heredi fecerit, noluerit autem ipſam hereditatem qvam reſtituit, ex fructibus ſuppleri. At vero *legis 3. § 2.* hæc ſpecies formanda: Titius, rogatus poſt mortem ſuam qvidqvid ex bonis ſupereſſet reſtituere, ex qvadringentis, qvæ erant in hereditate, ducenta alienavit, ita ut & pro modo ceterarum facultatum proprium qvoqve patrimonium conſumeret. Reperiuntur fidei commiſſi die veniente, in fructibus nondum conſumtis centum.

Qværitur an ex voluntate teſtatoris ea centum fidei commiſſario debeantur? Id qvod adfirmat Papianus. In hac ſpecie non loqvitur de ſuperfluis fructibus, ſed de ſuperſtitibus. Omnes qvidem ſuperflui ſunt ſuperſtites, ſed non omnes ſuperſtites ſunt ſuperflui. Atqve Papianus ſuperſtites reſtituere jubet, ſed illos nimirum, qvi concurrunt cum pretio alienationis, ne damno afficiatur fidei cōmiſſarius. Id qvod confirmatur ex *l. ſcribit. 33. ff. ad SCt. Treb.* ubi

qvi CCCC in bonis habebat, petierat ab herede ſuo, ut ſi ſine liberis moreretur, qvanta pecunia ex hereditate ſua ad eum perveniſſet, Mævio reſtitueret. Medio tempore alia 400. ex fructibus adqviſita erant. Qværebatur, qvæ reſtitutione continerentur. Celſus reſpondet, ſi nihil ex hereditate perierit, 400. reſtiturum: Sin hereditas damnum paſſa, ita, ut integra qvadringenta in hereditate non ſuperſint, iniqvum eſſe ad fidei commiſſarium damnum pertinere. Sed ad ſupplendum, inqvit, qvodcunq; ex qvadringentis defuerit, augmentum illud ad fidei commiſſarium pertinebit. Qvoties igitur cunq; cedente tempore fidei commiſſi minus, aut tantum invenietur in fructibus, qvantum ex fidei commiſſo conſumtum eſt, omnes fructus ſunt reſtituendi. Qvod ſi plus fructuum ſuperſit, qvā ex hereditate deminutum; compenſatione factâ, qvantum deſiderabitur, tantum reſtituatur.

IX.

Jam ad M. F. poſſeſſorem. Is eſt, qvi vel ſine titulo poſſidet, ut prædo, vel rem habet ab eo, qvem nôrat jus in re nullum, nullúmve jus alienandi habere. Itaqve opponitur M.F. poſſeſſor non tantùm domino, qvi traditione dominium accepit, qvatenus rem habet ſine titulo: Verùm etiam M. F. poſſeſſori qvatenus titulum habet ab eo, qvem ſcit dominum non eſſe. Hic nullos fructus ſibi adqvirit §. 35. *Inſtit. de R. D.* ſed omnes, etiam qvos honeſtè percipere poterat, reſtituere compellitur *l. 10. §. 20. ff.* qvæ *infra. cred. §. 2. Inſt. de off. Iud. l. 33. ff. de RV.* Ita ut in æſtimandis fructibus relatio ad petitoris perſonam fiat, & ſpectandum, non qvos poſſeſſor, ſed qvos petitor percipere potuiſſet *l. fructus. 33. ff. de R.V.* *l. 12. pr. ff. Qvod met. cauſſi ei poſſidere licuiſſet l. 26. ff. de R.V.*

X.

Non tantùm autem fructus re evictâ reſtituendi veniunt: Sed qvandoqve etiam re exſtinctâ. Etſi enim re aliena apud poſſeſſorem fatali caſu peremtâ, poſſeſſor ad rei ipſius æſtimationem præſtandam obſtrictus non ſit, *l. 40. pr. ff. de her. pet.* Neceſſaria tamen eſt qvandoqve ſententia propter fructus & partus, ut ait Paulus *in l. utiqve. 16. pr. ff. de R. V. l. ſi ſervus. 11. in f. ff. iud. ſol.* Qværitur ergo, qvod nam tempus in eorum æſtimatione, convicto poſſeſſore, ſpectan-

Digitized by Google

ſtandum ſit? Sed anteqvam reſpondeamus, videndum, qvid ſit Æſtimatio? Vocamus eam, qvantitatem in pecunia numerata, communi hominum opinione rei præſtandæ exæqvatam, inqve ejus vicem ſolvendam. Nomine qvantitatis comprehendimus omne illud, qvod functionem in genere recipit. *l. Titia. 87. pr ff. de leg. 2. l. cum aurum 19. ff. de aur. & arg.* Id eſt, ubi in obligatione non eſt individiū certum, & determinatum, ſed qvodvis ſuæ ſpeciei ſeu vagum cujus præſtatione obligatio ſolvitur. Eſt n. functio præſtatio & ſolutio qvædā. Ita accipitur *in l. omnes omninò. 5. C. de ann. & trib* ſic functio annonaria. *l. 4. C. qvor. appel. non rec.* Ut nulla ratio ſit, cur Cl. Salmaſius, magnus ille Reipub. literariæ & jure optimo Dictatos. *in l. mutuum. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* pro *functionem*, *ſufficitionem* ſufficiat. Debet hæc qvantitas rei præſtandæ exæqvata eſſe. Eſt enim numus menſura ſpecierum, qvæ earum τιμὴν ſeu dignitatem exigit ad materiæ ſuæ bonitatem, ita tamen, ut hæc exæqvatio propriè non ex perfectione naturali, nobilitateqve eſſentiæ numi æſtimantis, vel ſpeciei æſtimatæ, ſed ex uſu vel indigentia, vel opinione deniqve fiat, ut præclarè Paulus *l. 1. ff. de contr. em.* Igitur communi æſtimatione definitur *l. ſi res 12 §. 1. ff. de I. dot. l. ſi ſervum 33. ad L. Aqvil. l. 63. ff. ad L. Falc. l. 1. §. 15. ff. ſi qvid in fraud. patr.* qvanti res emtorem poſt invenire. *l. ſi qvis uxori. 52. §. 28. ff de furt. l. 2. §. 4. ff. de L. Rhod.* Qvanti ſolet comparari. *l. 11. § 5. l. 71. §. 3. de legat. 1.* qvanti venire poti ſolet comparari. *l. 114. §. 5. l. 71. §. 3. de legat. 1.* qvanti venire poteſt. *l. 18. §. ult. de mort c. don.* Et hæc æſtimatio, prout à nobis accipitur, dicitur qvandoq; in jure VERITAS *in l. 2. §. fin ff Qvi ſatis d.* & opponitur *veræ qvantitati* ibidem. In cujus termini explicatione, mirum, qvantum variatur. Mihi qvidem tantùm non pro certo eſt, differre veritatem & veram qvantitatem, ſecundùm magis & minus, qvatenus veræ qvantitati ſemper ineſt & veritas. Ita ut qvantitas deſignet illud qvantitatis incrementū, in qvod vel ex juris diſpoſitione veritas creſcere poteſt, puta in actionibus duplum, triplum &c. perſeqventibus, vel in qvantum verum pretium conventione contrahentium auctum eſt. Id qvod probat firmiſſimè *l. 3. ff. Qui ſatiſd.* & conſentit *Bart. & Jaſ. in d. l. fin.* & qvatenus *Bacch. πρῶτ. h. t. & Jac. Godofr. ſim. iur. civ. c. 1.*

XI. Cæ-

XI.

Cæterùm de hac communi æſtimatione conſtare facilè poteſt ex uſu fori rerum venalium. *arg. l. ſeptem dieb. 12 C. de erog. mil. an lib. XII. c. 1. X. de Emt. & vend. VVehner. obſer. pract. verbo* Anſchlag der Güter. Itemqve ex emtorum in auctionibus publicis licitationibus. *arg. auth. hoc ius porrectum. C. de Sacroſ. Eccleſ. l. ult. §. ult. C. de admin. tut.* Itqve expeditum in rebus mobilibus. In immobilibus verò verum pretium ex modo fructuum & redituum cujusqve fundi conſtitui debet. *l. ſi fundus. pen ff de reb. eor. qui ſub tut. l. ſi fundum. 92 ibi: ſecundum redditum ff. de leg. 1. l. ſi qvos 16. C. de reſcind. vend.* Vide Pinell. ad l. 2. p. 3. c. 4 n. 30. C. de reſcind. vend.

XXII.

Sed jam de tribus capellis. Qvod tempus igitur ſpectatur in rei exſtinctæ fructibus æſtimandis? Paulus cum Juliano *in l. Julianus. 17. §. 1. de R. V.* vult fructuum rationem haberi, usqve ad tempus rei judicatæ. *Adde l. fructus. 33. ff. eod.* Labeo v. hominis mortui fructus, qvoad is ſaltem vixerit, æſtimari voluit. *l. ſi hominem. pen. ff. eodem. l 21. pr. ff. h. t.* Diſtingvit Accurſius inter B & M. F. poſſeſſorem A Faber 2. *conj. 6.* opponit; poſt litem conteſtatem omnes poſſeſſores ratione fructuum prædones conſtitui. *l. ſumtus 48. ff. de R. V. l. ſed etſi 25. §. ſi ante ff. de hered. pet.* Accedet, qvod poſt litem conteſtatã fructus indiſtinctè petantur ii, qvos percipere petitor potuiſſet. *l. ſi navis 62. § fin. de R. V.* Perceptio autem petitoris neqvaqvam pendet à fide poſſeſſoris. Itaqve diſtingvendum fortè ita: Poſſeſſor aut fuit in mora fruſtratoriâ, & qvomodocunqve mortuo homine, uſqve ad tempus rei judicatæ de fructibus tenetur: Aut juſtam litigandi cauſam habuit, & aut poſtea circa mortem hominis dolus vel culpa ejus intervenit, & ſimiliter ut in priori caſu, tenebitur: Aut citra culpam fato ſuo interiit, & tantum uſqve ad tempus mortis fructuum ratio habebitur.

XIII.

Fructus ita fieri B. F. poſſeſſoris perceptione conſtat Jam de de partu ancillæ, contentione tàm antiqvâ, qvam nobili inter veteres Conſultos, Brutum, Manilium & Scævolam agitatâ, ut Tullius refert. *1. de finib.* an ſit in fructu? Si enim conſtiterit, in fructu non

eſſe

Digitized by Google

,ut adqviratur B.F. poſſeſſori, uſucapione erit opus. Obtinu-
:uti ſententia, non eſſe *l. ancillarum.27 ff. de petit.her. l.in peculium,*
e uſur.l.69.§.fin.ff. de Jur. dot.l. mulier.22. §.praeterea ff.de SCt.Treb.
us rationem ex Stoicorum Philoſophiâ deſumtam, ex Lactantio
ervat Metillis 1. *obſ.* 12. Opponitur autem *l. reſpondit.14. heres.*
uſur. Ubi heres gravatus reſtituere hereditatem ſine reditu
od idem eſt ac ſine fructu. *l. qui fructus 25. de uſufr.a.leg.l. iube-*
. 6.C.ad SCt.Treb.) partus ancillarum non tenetur. Reſpon-
: Dubitatum ibi fuit, cum teſtator nihil excepit, niſi fructus
·editus, utrùm non ſolùm ipſa hereditas, ſed & reliqva omnia
:er reditus, ſint reſtituenda. v. g. incrementa. Reſpondet
is, etſi teſtator nihil exceperit, niſi reditus, ſolam tamen heredi-
n reſtituendam eſſe ſine partu. Qvia teſtator adjectione hu-
xceptionis conſulere voluit heredi. Ergo non debet hæc ex-
io in odium ejus retorqveri. Nam ſi teſtator hanc exceptio-
planè omiſiſſet, nec fructûs nec partum reſtituiſſet heres. *l. in*
commiſſariâ.ff.ad SCt.Treb. Ergo nec nunc partum reſtituet, qvũ
re ejus teſtator exceptionem addidit. Dubitabat itaqve JCtus
artu, non qvod ſub exceptione redituum is contineretur: ſed qvia
ndeterminatâ cæterorum omnium, præter reditûs, reſtitutio-
omprehenſa videbatur, & partus reſtitutio & omnium interim
m. Non obſtat *l. 22 §.3 v. praeterea ff ad Treb.* ubi in cauſâ fi-
ommiſſi ſunt & partus. Sed reſpondetur, qvod agitur ibi de
commiſſo puro, ubi fructus heres percipit non judicio teſtato.
Sed ex morâ petentis fideicommiſſarii: Ergo partum non
atur. Qvia qvidqvid interim non petente fideicommiſſario
ririt emolumenti, id ſuum facit non alio, qvàm B.F. poſſeſſoris
. Ad B. F. poſſeſſor lucratur fructûs ſolos. Cætera reſerva-
lomino, cujus inſtar fideicommiſſarius eſt. Ergo qvia partus
eſt in fructu, reſtituendus is eſt à B. Fidei qvoqve poſſeſſore, ni-
uſucaptus. Uſucapi autem non poteſt partus ancillæ furtivæ
ad furem concipiatur, etſi apud B. F. poſſeſſorem edatur. *l qui*
18.§. ancilla ff. de furt.l. ſi ego.11. §.partus ff de publ. l. qvi in utero. 26.§.
r.ff. de Stat.hom. l.33. de uſucap.l.12.C de furt. Cujus qvæſtionis,
n non immeritò magnam appellat Ulpianus ipſe in *l. ſi quis 7.* §.

K *ſi au-*

ſi ancill. ff. de except. rei ind. ratio alia viſa Marcello, nempe, qvod partus cenſeatur pars ancillæ. *l. ſi alien. §. Scævol. ff. de uſur. Ulp. in l. qvi vas 48. §. ancill. ff. de furt.* Qvæ fuit Stoicorum ſententia, ut ex Plutarcho refert Merillius, 1. *obſ.* 16. & multis aliis textibus parallelis illuſtratur à Franciſco ab Amaya. *3. obſer. 1* Aliam verò fuiſſe Scævolæ oportet, ut patet ex *l. partum 26. de V. S. d. l. ſi aliena. §. Scævola.* Cui adhæret Celſus in *l. 63. de leg.* 1. Ex qvibus conſtat, partum non cenſeri matris partem, qvod & in evictione admiſit Paulus *l. ſi prægnans. 42. de Evict.* Et aliis locis, de qvibus Amaya *3. O. 1. §. 3. n.* 13. Vera hujus juris ratio videtur, qvod partus matris prægnantis ſubreptæ pro jam nato habeatur, adeoqve in bonis ejus cenſeatur fuiſſe, qvi matris dominus erat. *arg. l. fin. §. non ſolùm ff. qvæ in fraud.* qvod confirmat *l. juſto. 44. §. ſed etſi poſſeſſionis. ff. de uſuc.* Ubi Papinianus inquit, ſi aliena ancilla prægnans ſit vendita B. F. qvi tempore traditionis b. fidem habuit, poſtea autem tempore nativitatis partus ſciebat eſſe alienam, uſucapi partum potuiſſe. Qvoniam non inſpiciatur tempus præſentis poſſeſſionis, ſed antiqvioris traditionis, qvo erat in utero. Qvæ ratio minimè qvadraret, ſi non tempore traditionis pro nato habitus fuiſſe partus.

XIV.

Ergo ſi partus ancillæ furtivæ apud B. F. poſſeſſorem conceptus & editus, poteſt is uſucapi. *l. 3. C. de uſucap. pro emt. l. qvi vas 48. §. ancilla ff. de furt. l. ancilla 12. C. eod. ſi aliena. §. Scævola l. non ſolum. 33. de Uſucap. l. ſi ego 11. §. partus ff. de public.* Qvia licet mater vitio furtivitatis adfecta ſit, tamen partus, cum non ſit ejus pars, apud B. F. poſſeſſore conceptus, nullo vitio furti afficitur, utpote à fure non contrectatus. Uſucapitur itaqve non ex titulo, ex qvo uſucaperetur mater, ſi furtiva non fuiſſet, ſed ex titulo pro ſuo ſpeciali, *l. 2. & ff. pro ſuo.* Nam ad uſucapionem nonniſi titulus immediatus poteſt proficere: Ille autem qvo mater qvæſita eſt, non eſt immediatus uſucapioni, qvi partus conceptus & editus apud B. F. poſſeſſorem poſt tempus qvo mater eſt adqviſita, non poſſidetur eo titulo, qvo mater. Nec obſtat *l. non ſolùm. 33. de uſucap. l. ſi ego. 11. §. idem Julianus ff. de Public. l. non qvocunq. 82. §. Julianus. de leg. 1. l. ſi id qvod 73. de leg. 2.* Qvæſita intelligendæ ſunt, qvod ex qvâ cauſâ uſucapi poſſit mater, poſſit etiã

uſ ā.

Digitized by Google

uſucapi partus, non tamen vi tituli, ex qvo mater ejus habita eſt. Sed ejus occaſione, ceu cauſâ, ſine qvâ non, tituli pro ſuo.

XV.

Sed adhuc contrariari videtur Paulus *in l. 4. §. 16. ff. de uſucap.* ubi ſervus meus, pro libertate ancillam, qvam ſubripuerat mihi dedit. Ea apud me concepit & peperit. Qværitum eſt, an uſucapere poſſim? Sabinus & Caſſius non putârunt. Qvoniam vitioſa ſervi poſſeſſio domino nocet. Servus enim ancillam ſubripiens, nec dominium domino adqvirere poteſt, qvod manſit apud ancillæ dominium; Nec poſſeſſionem, qvæ injuſta qvum ſit, per ſervum non adqviritur. *l. qvod ſervus. 24. ff. de A. P.* Sed nimirum putamus Paulum loqvi de eâ ſpecie, qvâ ancilla ſubrepta concepit anteqvã daretur domino. Ut adeò, ap. dominum concipere, Paulo ſit, concipere, ſervo adhuc in poteſtate domini conſtituto, eamqve nõdum poſſidere deſinente. Sed qvæ hic dubitandi ratio. Nempe qvòd, qvum ſervus ſubripuit, videbatur domino nocere ejus injuſta poſſeſſio, & ſcientia ſervi uſucapionem impeditura. *l. heres 43. §. 1. de uſuc.* Decidendi verò ratio, qvod partus, qvum non fuerit à ſervo contrectatus: Sed dominus ancillam vacuam utero acceperit, uſucapere proinde poſſit, ſervi autem ſcientia, vitioſaqve ejus poſſeſſio non obeſt, qvum non qværatur de ipsâ ancillâ uſucapiendâ ſed de partu, qvi à ſervo non contrectatus omnino ſubjectum habile eſt, qvod capiatur uſu. Idem reſponſum eſt *ad l. ſervus 10. ff. pro emt.* Etſi ibi paulò obſcurior ſit JCti decidendi ratio. Sed videtur Julianus eò occurrere voluiſſe tacitæ cuidam objectioni, qvam ex deciſione colligas. Ibi: *qvod res domino abeſſet.* Id nempe vult, dominum rectè B F. poſſeſſorem eſſe, qvi hac ſpecie videatur emiſſe, neqve poſſeſſionem qvam nunc acceperit, eandem eſſe, qvæ erat ſervi, à qvo emiſſe videbatur.

XVI.

Diximus ancillæ, qvæ vacuo utero ſubrepta, concepit & apud B. F. poſſeſſorem peperit, partum uſu capi poſſe, dummodo anteqvam pareret, eam non cognovit dominus alienam, qvo caſu uſucapio denegatur. *l. 4. §. ſed etſi ff. de uſucap* Partus enim qvo tempore naſcitur, incipit poſſideri, adeoqve uſucapi; Sed uſucapio in-

 choa-

Digitized by Google

choari non poteſt, à malâ fide. Nec officit *l. inſtè 44. §. etſi poſſeſſionis ff. de uſuc.* Diſtingvimus enim inter ancillam furtivam & alienam. Furtiva uſucapi neqvit. *l. qui vas. §. ancilla. ff. de furt.* Qvæ etſi aliena ſit, non omnis tamen aliena, furtiva, puta, cum à principio non fuit contrectata: ſed alio caſu pervenit in poteſtatem non domini. *l. poteſt. 3 . de uſuc. §. furtivæ verſ. ſed tamen. Inſtit. de R. D.* Itaqve in Partu matris furtivæ requiritur ad uſucapionem bona fides tempore partionis: In alienæ, nec furtivæ ſufficit B.F. tempore traditionis maternæ. *d. l. 44 poſſeſſionis. h. t.* Differentiâ in ſolo odio furti conſiſtente, qvod facere is jam videtur, qvi ancillam retinet, qvā furtivam eſſe cognovit. *d. l. qui vas §. ancilla* At qvi cognovit ancillam fuiſſe alienam tantum, ideò partum uſucapiet, qvia eodem Jure videtur eum poſſidere, qvo & matrem & ſicut eam uſucapere potuit, qvam vis ſupervenerit mala fides. *l. bona, 48. §. in contrariu ff. de A. R. D. l. pen. ff. pro emt.* ſic poſſe & partum.

XVII.

His itaqve explicatis jam videbatur ratio nobis ex omni parte de partu ancillæ furtivæ conſtare, niſi denuo Pomponius eam omninò omnem conturbet, *l. 4. ff. pro ſuo.* Et ſanè ſunt, qvibus non ſolùm Tribonianus, ſed & Pomponius ipſe cenſuram debet. Præſertim cum ſolenne huic ferant, reſponſa etiam alia ſine ratione dediſſe, cui ut fidem faciant, ablegant nos ad *ad l. qvod. 7. ff. de ſerv. urb.* ibi: *propter naturalem motum.* Qvam rationem ineptam judicant Baldus & Fulgoſius. Nobis non licet eſſe tantâ παῤῥησίᾳ Qvin ſanâ ratione hæc à Pomponio dicta arbitramur. Itaqve quæ hactenus dicta ſunt, ita ſe habent, niſi mala fides ſupervenerit, ita ut rem non ſolum alienam, ſed inſuper & furtivam eſſe reſciſcam. V. G. ſi ancillam furtivam eſſe cognoſcam, etſi jam ſim in conditione uſucapiendi partum, tamen non procedit uſucapio, niſi certiorem fecerim dominum, cum poſſem. Alioqvin ſi id non fiat, incipio partum clàm poſſidere. Neqve obſiſtit *l. clam. poſſidere. 6. de. A. P.* in qvâ origo poſſeſſionis dicitur duntaxat inſpicienda. Reſpondeo, qvod non agitur de uſucapiendâ re, ſed an aliqvis videatur clandeſtinè poſſidere, necne. Neqve ibi de uſucapione cogitari poterat, cùm initium fuerat cum malâ fide, & res ipſa vitio adfecta. Qvod autem.

Digitized by Google

em *in l. ſi de eo. 4. §. 2. ff. de A.P.* ſervum tuum b.f. à me emtum, ſi poſteà comperiar tuum eſſe & celavero, non dicor clàm poſſidere, id nobis non officit, qvoniam ibi de ipſo ſervo ſermo. Ergo ratio ejus legis ſimiliter ad ſolam ancillam pertinet, non verò ad partum. In qvo hoc diverſum à matre eſt, qvod is titulus, pro ſuo, dependet à titulo principali, qvo habetur ancilla *l. 1. & 2. ff. pro ſuo.* Si itaqve cognovero ancillam furtivam eſſe, jam titulus pro ſuo, qvo ſolò partum poſſidebam, deſtruitur, qvippe qvi ſolâ cogitatione bonæ fidei ſuſtinebatur. Itaq; ſublato titulo & fide non poſſum non poſſidere clàm, & pro alieno, unde uſucapio impeditur. Nam titulus uſucapionis debet eſſe perpetuus. *l. ſi hominem. 19 ff. de uſuc.* Cû itaqve titulus, pro ſuo, à bona fide dependeat, ſeqvitur neceſſariò bonam fidem debere in hac ſpecie eſſe perpetuam, ſecus atqve in partu ancillæ alienæ, ſed non furtivæ. Vide Franciſc. de Amayâ *3. O. 1. §. 4. n 38.*

XIIX.

Plus ſatis de partu ancillæ. Jam & qvasdam videbimus acceſſiones induſtriales. Qvales ſunt ædificatio tàm in ſuo ex alienâ, qvàm alieno ex ſuâ materia. Solum hîc aliqvantò latiùs accipimus, ut & fundamentum mobilium hoc nomine veniat. Qvâ de videamus *l. Minici u 61. de R. V.* Minitius interrogatus primò, de navi refectâ ex alienâ materiâ, an navis maneret ejusdem reficientis, reſpondit manere, jure pura acceſſionis. *l. 26. §. 1. de A. R. D.* Qvid ſi idem feciſſes in ædificandâ? An manet ædificantis? Reſpondit Minitius non manere. Id verò Julianus notat, & carinæ cauſam jubet inſpici. Nam navis aut integra, unà cum carinâ ex alienis tabulis eſt confecta, & navim facit ædificandis *l. 26 pr. de A. R. D.* jure ſpecificationis: Aut ſola tabulata ſeu partes ſuperiores ex alienâ materiâ carinæ ſuæ impoſuit ædificans, & ſimiliter manet navis ejus, cujus carina fuit, jure acceſſionis non aliâ ratione atqve ſi ædificavero ex aliena materiâ in meo ſolo. Proinde totius navis proprietatem carinæ cauſam ſeqvi. Carina n. inſtar ſoli eſt. *arg. l. 2. C. de R. V.* Et ſimile eſt, qvod de nave Theſei antiqvitas habet, qvæ tametſi novarum tabularum ſubſtructione centies immutata fuiſſet, antiqvum nomen retinebat, qvâ de *Plutarch. in vita Theſei.* Cõfer. *Alex. ab Alex. 3. gen. 1.*

XIX.

Referimus huc impenſas, qvæ ſunt acceſſiones rei alienæ, qvibus ea melior facta fuit. *l.7.§.impendia 16.ff ſol.matr.l.38.de R.V.13.15.C. de judic.l.3.&.t.t.C.de fruct.& exp.* Cum dico rem alienam intelligio non ſolùm talem, qvæ aliena eſt vel ut aliena habetur, eo tempore, qvo fiunt impenſæ: Sed & qvæ aliena tum futura, ubi primum impenſarum ratio habebitur, qvomodo res dotalis marito aliena fit, res fideicommiſſo obnoxia, ab herede reſtituta *l.40.§.1.de cond. indeb.* Finem impenſarum, meliorationem fecimus. Unde promanat diviſio earum in neceſſarias & non neceſſarias. Illæ ſunt, qvæ ſi non factæ ſint, res aut peritura, aut deterior futura ſit. *l. 79.pr.ff. de V.S.l.impenſæ.14 ff. de Imp.in rem.dot.* Et hæc nimirum eſt illa impendendi neceſſitas, de qvâ *Ulpian.l.1.§.de Impenſ.in rem.dot.* cujus reſpectu impunè omitti eas non poſſe, *l.4.ff.eod.* dicitur. Hoc nomine tamen olim cenſere eas, qvæ ex conſvetudine regionis ſine dedecore non poſſunt omitti, qvod vult Alciatus, & qvi eum ſeqvitur *Gœdd. ad l.79.de V.S.* Niſi dedecus intelligant, qvod contra honeſtatem naturalem ſit. Qvemadmodum enim naturaliter turpia ſunt moraliter impoſſibilia, ita honeſta ſunt neceſſaria.

Utiles ſunt, qvibus res carere potuit, qvæ tamen ſi factæ fuerint, fructum augent. Voluptariæ, qvæ ſine fructu rem tantùm exornant, *d.l.79.l.5.§.fin.l.7.de Imp.in rem dot.* Singularum itaqve ſpecierum in melioratione tota conſiſtit ratio; In utilibus qvidem in augmento fructuum, in voluptariis, in exornatione ſpeciei. Et hic qvidem finis eſt, qvi ab impendente intenditur. In repetente verò non ſemper attenditur. Nec enim qvanti res melior facta, ſpectatur, ſed qvantum impenſum eſt. Ut, ſi minus expendi etſi pluris ſit melioratio, ultra ſumtus nihil conſeqvar: At ſi ducenta impendi fundus autem in centum duntaxat melior, centum debeantur *l.38. de R.V.*

XX.

Diximus impenſas pro ſubjecto habere rem alienam, etſi non ſemper impendatur, ut in alienam. Facit qvis ergo impenſas vel ſuo nomine, vel alieno. Et ſi ſuo, vel propter jus in re, vel ad rem; Juris in re, etſi alii plures, alii pauciores ponant ſpecies, videmus

non

ſos contenti tribus ſpeciebus. Dominio poſſeſſione, pignore. Qvod ita demonſtramus. Res vel corporalis vel incorporalis eſt. Hæc vel univerſalis, vel ſingularis. Rei ita in ſua latitudine acceptæ, ut mihi facultas fiat eam habendi, debet qvoqve tribui adfectio juridica, æqvè latè patens, per qvam dicatur eſſe propria. Ea nulla alia eſt qvàm dominium. Nam & hereditatis, ſeu univerſitatis rerum hereditariarum datur dominium *l. 19. §. 3. inf. ff. de caſtr. pec. l. 1. de ſucceſſ. edi. l. 48. de hær. inſt. §. ult. Inſt. de hær. Qual. & diff.* Et ſervitutum. *l. 15 §. 8. ff. Qvod vi aut.* Qvod ita tamen intellectum volumus, ut abſolutè dictum dominium ſtet in ſignificatu famoſiore pro dominio rei corporalis. Eſt itaqve dominium ita latè acceptum jus, rem propriam habendi, eâqve ſuo arbitrio fruendi.

XXI.

Porrò qvoties hoc arbitrium re ſuâ utendi cum jure prohibendi alterum, ne utatur, interdum temperatur, ut alteri, qvàm proprietario in re ejus, licet aliqvid agere, vel dominus cogatur ſuperſedere exercitio aliqvo in re ſuâ, toties naſcuntur inde res incorporales, qvæ ſervitutes dicuntur, qvæ proinde nonullam ſpeciem juris in re conſtituere poſſunt, qvia ſunt ſubjectum ipſum, qvod vi juris in re petatur. Qvemadmodum enim vi dominii rei corporalis, rem ipſam peto, vi pignoris rem ipſam pigneratam perſeqvor, vi dominii univerſitatis, maſſam hereditariam: Ita vi ſervitutis non rem ſervientem primo peto. Imo ſervitus ipſa eſt, qvæ vindicatur propriis actionibus. Oportet ergo ſervitutē per aliqvod in ſervitute jus vindicare. Hoc verò nullum aliud eſſe poteſt, qvā dominium juris, qvod benè jam olim adſtruxit Dn. Riemerus, Præceptor meus, *Dec. 4. qvæſt. 5.* Qvoq mirum cur averſentur, qvi tamen poſſeſſionem juris, tanqvam ſpeciem πρός τι, admittunt.

XXII.

Cæterum dominium diſtingvimus in verum & interpretativum, ſeu qvaſi dominium, qvod qvidem perfectè nondum adqviſitum eſt, qvia tamen ei, qvi b. f. & juſto titulo rem ſibi comparavit, nihil imputari poteſt, interim, dum in conditione uſucapiendi, nec dum lis mota, jure dominii veri fruitur, adeo, ut rei poſſeſſione amiſſâ fingatur uſucapio eſſe completa & præferatur omnibus, exce-

cepto vero dominio. §. 4. Inſt de act. l. pen. & ult ff. de publ. in rem. Ergo ut ad rem redeamus, qvi in reb. f. à ſe poſſeſſâ impendit, impêdit vel in fructus, vel in rem ipſam. Illic non ſolum B. F. ſed & M. F. poſſeſſore ducit, impenſas *l. 36. §. ult de her pet. l. 51 p. fam. ercis. l. fructus 7 ſol. matr.* Qvia fructus non intelliguntur, niſi deductis impenſis. *l. Mucius 30. ff. pro ſoc. d. l. 36. in fin.* Ubicunqve enim fructus reſtituendi veniunt, ibi impenſæ deducendæ. Ubi verò poſſeſſor fructus retinet, ibi cum fructibus compenſantur. *l. 7. ſol mat.* qvemadmodum nec refert, utiles ſint illæ, qvæ qværendorum, an neceſſariæ, qvæ cogendorum & ſervandorum gratiâ fiunt. Exceptionem tamen res habet in decimis prædialibus, jure Canonico, qvæ ſine deductione præſtandæ, *c. paſtoralis 28. X. de decim.* Id qvod ad fiſcum & colonum partiarium non putamus extendendum eſſe.

XXIII.

Circa impenſas verò in rem ipſam factas, alia cauſa eſt neceſſarium, alia reliqvarum. Neceſſarias deducunt pariter & B. & M. F. poſſeſſor, dum rem poſſident. *l. 5. C. de R. V. l. 38. de her. pet.* id eſt, per exceptionem doli rem tamdiu retinent, donec de impenſis ſatis fiat, per rationem *l. 14. de cond. indeb. l. 5. C de R. V.* qvæ in utriusqve modi poſſeſſore militat, cum neceſſitas & culpam l. 15. ff. h. t. & animum donandi excludat. *l. 18. de adim leg. l. 39 de donat.* Excepto tamē fure. *l. 1. C. de inf. exp. l. 13. ff. de cond. furt.* Qvi in perpetua morâ & contrectatione conſiſtens qvotidiè furtum facere intelligitur. *l. 67. §. 2. de furt.* Atqve id ita expeditum in ea ſpecie, ubi res ipſa petitur. Qvid vero ubi loco rei exſtinctæ æſtimatio? Diſtingvendum, utrum poſſeſſor conveniatur rei vindicatione, & tum, ſi in æſtimationem condemnandus venit, impenſas eodem modo deducit, qvia æſtimatio loco rei eſt: ſin interitu rei liberatur, non eſt, à qvo ſalvas ſibi expenſas præſtari deſideret, cum ubi nulla actio, ibi nulla exceptio? At verò in petitione hereditatis, licet res, in qvam impenſum, peremta ſit, reliqvarum tamen rerum retentione impenſas, cōſeqvi poteſt poſſeſſor, qvia durat univerſitas. Qvid verò ſi poſſeſſores iſti rem reſtituerint, non reputatis impenſis, an actio dabitur ad petendum eas? Sunt qvi dant negotiorum geſtorum utilem per

l. 6.

Digitized by Google

l. 6. §. 3. de N. G. Sed qvia deſit animus obligandi, tàm expreſſus, qvàm à jure præſumtus, nec obligatio nec actio naſci poteſt. Qvod tamen ſecus putamus, de conditione indebiti incerti, poſſeſſione per errorem domino reſtitutâ. Qvandoqvidem impenſæ neceſſariæ per errorem domino reſtitutâ. Qvandoqvidem impenſæ neceſſariæ per errororem fiunt accipientis, ad qvas poſſeſſor actione conventus non tenebatur. *l. 48. de R. V.* Dabimus ergo ei condictionem *per l. 1. §. 1. l. 19. §. 1. l. 27. l. 23. in f. ff. de cond. indeb. Magnif. Dn.* Frantz. *exercit. 4. q. 5.*

XXV.

Qvod attinet impenſas utiles, B. F. poſſeſſor aliud juris habet, ſi judicio ſingulari, aliud, ſi univerſali conveniatur. In hoc judicio res melior fuerit necne, deducit impenſas. *l. 38. de her. pet.* In rei vindicatione, intereſt, an melior res facta, & impenſa auferri non poſſit, ubi deducit, qvia nec donandi animus adfuit, nec æqvum, ut petitor alterius impenſis fiat locupletior. *l. 14. de cond. indeb.* Sin auferri poteſt, aut petitor non patitur poſſeſſorem tollere, patiatur ergo deducere. *arg. l. 27. §. ult. de R. V.* Sin melior res non facta, qvia deductionis ratio nempe locupletatio petitoris, ceſſant, ſi poterit, ſine rei detrimento auferat. Eadem diſtractio inter utrumqve judicium, diſcrimen facit qvoqve in M. F. poſſeſſore. In petitione enim hereditatis, ſi res non ſit melior, tollit, ſi ſalvâ re qveat, non verò deducit, qvia nec melior facta, nec fortè dominus feciſſet. In rei vindicatione melior ſit res, necne, nonniſi ex æqvitate tollit. Differentiæ ratio eſt, qvia in petitione hereditatis petitor replicatione donationis adverſus exceptionem doli à poſſeſſore objectam uti neqvit; Tu voluiſti donare domino. Non enim qvi heres, protinus dominus eſt, & ſufficit, ſi ſe probet heredem & rem penes defunctum fuiſſe, etſi ſit alienæ. *l. 19. de pet. here.*

XV.

Videamus qvando contingat, ut dominus impenſas in rem factas repetat. Nempe qvoties dominium exſtingvi continget. Itaqve dominium ſuſcipit res aliqva vel abſolutè vel ſub certâ χέσει & qvalitate, qvâ poſitâ dominium ponitur, & ſublatâ tollitur. Qvod

Digitized by Google

Qvod ſit in dote. Maritus enim non eſt juris ſolius, abſtractâ re dominus: Sed ipſius rei dotalis, ita ùt uno eodemqve tempore & uxor domina ejusdem rei abſolutè ſpectatæ, qvod naturale dominium dicitur, & maritus, qvatenus ea dotis eſt dominus diverſo dominii genere intelligantur. Itaqve prout maritus in rem dotalem expenſas facit vel neceſſaris, vel utiles, vel voluptarias, ita finito dominio in re petitione dotis aliter indemnis præſtatur. Et neceſſariæ qvidem impenſæ ipſo jure dotem minuere dicuntur, ita, ut eo minus ad maritum dotis nomine perveniſſe videatu *l. 5. ff de impenſ. in rem dot.* Hinc ſi fundus vel alia corpora ſint in dote, tantumqve impenſum, qvanti fundus eſt, deſinere dicuntur, dotalia eſſe. *l. ſi is. 56. ff. de I. dot.* Ergo, ſi impenſæ pretiũ totius nõ fundi aſſeqvuntur, qvatenus impenſum pro eâ parte fundus dotalis eſſe deſinet *d. l. pr. ff. de Imp. in rem dot.* Nempe pro parte indivisâ. Cui adeo ne obloqvatur *Paulus in l. 56. §. 3. de I. dot.* bonâ ratione eum de parte divisâ accipiemus. Nam ſi pro utraqve parte inficiaretur, qvomodo retentionem fundi pro parte concedere poſſet *d l. 56. §. 3.* Qvod autem dicitur fundus pro parte, qvâ impenſum, deſinere dotalis eſſe, non hanc habet ſignificationem, ac ſi mariti fiat: Sed ut retineat duntaxat eum, donec à muliere ſatisfactum, *d. l. 5. pr. ff. de imp. in rem dot.* Et hoc eſt, qvod Scævolam Paulus reprehendit, qvod putarit, fundum dotalem eſſe deſitum marito adqviri. Inde enim inferebat Scævola, fundum non ſtatim deſinere debere dotalem eſſe, ſed demum, ſi mulier intra annum impenſas non obtulerit. Deinde inferebat Scævola eum poſſe alienari, lege Juliâ non amplius impediente. Deniqve colligebat Scævola, ſi mulier dei impenſis ſatisfeciſſet, non poſſe reverti fundum in cauſam dotis. Qvæ omnia ſecus habere Paulus oſtendit, & niti falſo præſuppoſito, qvia fundus non fiat mariti, ſed deſinat interim odtalis eſſe, ut retentio locum habere poſſit, pro impenſis à marito. Neqve ſecundò, ab elapſo anno deſinit eſſe dotalis, ut Scævola voluit. Sed ſtatim ubi impenſum eſt. Hoc enim eſt, ipſo jure minui Alioqvi non jure, ſed lapſu anni & mulieris negligentiâ id demum contingeret. Nam Paulus & Ulpianus indefinitè ſtatuunt, donec impenſæ reddantur detentationem eſſe marito. Nec tertiò, poterit alienari à marito etiamnum

per:

per L. Juliam prohibitio, *d. l. 56. in f.* Et omnino in cauſam dotis, refuſis impenſis, revertitur. Qvamdiu ergo mulieri actio de dote competere poſſit, & fundus in cauſam dotis referri, prohibebitur alienatio.

XXVI.

At, qvid eſt, qvod Ulpianus ait *in d. l 5*. abſurdum eſſe, deminutionem corporis fieri propter pecuniam? Nimirum hoc vult, qvod res corporalis non deminuatur propter pecuniam, puta, auferendo partes fundi integrantes, ſed nihilominus tamen fundum ipſo jure deminui, dum pro expenſarum qvantitate deſinit dotalis eſſe, atqve eatenus retineri. Et ne his obſtet porrò, qvod ibidem ait ibi ipſo jure diminui dotem, per impenſas neceſſarias; reſpondemus, deminutionem dotis utrobiqve ipſo jure fieri: In qvantitate qvidem primò & proximè; in corpore verò mediante pecuniâ, qvatenus deminutionis ratio initur, ſecundum æſtimationem pecuniariam. Utrobiqve, in qvam, dos imminuitur, ſed non eodem jure eodemq; effectu. In corporibus enim conſiſtens ita deminuitur, ut maritus dominium non adqvirat: In qvantitate conſiſtens deminuitur, ut dominium pro ratâ in maritum tranſeat, nec ad cauſam dotis revertatur.

XXIV.

Diximus rem dotalem deſinere talem eſſe oportere, ut retineri qveat. Res enim dotalis, qvatenus dotalis non retinetur pro impenſis neceſſariis, ſed qvatenus dotalis eſſe deſinit adeoqve non retinetur id, qvod dotale, ſed qvod per impenſas fuit deminutum. Id v. in utilibus locum habere neqvit, qvia hæ ipſo jure dotem non minuunt. Igitur interpp. retentionem dotis, tanqvam pignoris loco marito concedunt, donec mulier impenſas reſtituat, ſi qvidem mulieris voluntate factæ fuerint. Sed huic communi Doctorum ſententiæ obſtat vel maxime *l. 5. ff. de dot. præl.* ubi non audiendus dicitur, qvi ſolutionem dotis differri vult, ob impenſas alias, qvàm qvæ ipſo jure dotem minuunt, id eſt, neceſſarias. Ergo ob utiles ſolutio differri dotis non debet. Ergo retentio, qvæ loco pignoris non habet locum. Aut enim id qvod ſolvi differtur, retinetur, aut oportet, ut, qvod non ſolvitur, ſolvatur, qvæ manifeſtam

vito & prohibente domino geſſit. *l. ult. C. de N. G.* Sed tamen ſi hoc caſu inter magnos juris olim autores dubitatum, an contra dominum, qvi prohibendi jus habeat, prohibentem adminiſtrationem negocii ſui actio danda ſit. *l. ul. C. de N. G.* procul dubio ea fuit conceſſa, ubi nullum jus domino fuit prohibendi adminiſtrationem, lege hanc admininiſtratori, tanqvam domino dante. Neqve ſententiam hanc minuit *l. un. C. de rei ux. act.* *Qvaſi fruſtra novaſſe aliqvid Tribonianus videri poſſet, ſi veteri iure actio ſuppetiviſſet aliqva.* At verò putamus cum Maſio, *JCto, lib. 2. opin. cap.* 15. pro impenſis voluntate uxoris factis datam fuiſſe actionem olim rei uxoriæ contrariam. In judiciis enim bonæ fidei, qvæ reputationes continent, actiones contrarias reperiri in confeſſo eſt, exemplo actionum commodati, depoſiti, mandati, negotior. geſtorum & cæterorum. Hac verò actione in totum ſublata à Juſtiniano, judicium etiam contrarium ſublatum fuit, qvod non potuit in actionem ex ſtipulatu transfundi, cum illa contrariam non admittat. Itaqve vel in mariti damnum cedere debuerunt utiles, vel alia dari actio. Data igitur fuit actio mandati & negotior. Geſtorum. Illa qvidem non ex merâ juris ratione: ſed autoritate Juſtiniani. Etſi enim mulier, qvatenus impenſas fieri voluit, mandaſſe videri poſſit *l. item ff. Mandat.* id tamen, qvantum ad hanc rem, aliter habet, ubi adminiſtrationem rei uxoriæ maritus auctoritate legis, ſuoqve jure, non mandato uxoris habet, eam nec dare nec auferre valentis. Debuit itaqve à Juſtiniano dari, qvæ auctoritate juris naſci non potuit actio. Breviter: dativa ea, non nativa eſt.

XXVIII.

Dicendum jam eſſet de impenſis qvæ vi cæterarum domini ſpecierum, qvales habet Vaſallus, Emphiteuta, Uſufructuarius & ſi alii fiunt in rem: Sed contrahenda vela. De impenſis verò qvæ ex cauſâ juris ad rem fiunt, tribus verbis, & , ut canis è Nilo. Nempe comodatarii, depoſitarii, creditores pignoratitii, impenſas neceſſarias easqve aliqvantò majores utilitatis perpetuæ cauſâ factas, vel retentionis jure & qvaſi pignoris ſervant. *l. 15. §. ult. l. 59. de furt. l. 8. de*

Digitized by Google

pig. act. l. 7. C. eod. l. 5. 8. 12. 2. depoſ. Utiles non aliter, qvam ſi aut incoatas à domino abſolverit, aut voluntate ejus incoavit, *l. 25. de pig. act* qvod judex ex circumſtantiis æſtimabit, ut neqve delicatus debitor neqve operoſus creditor audiatur. Vel actionibus contrariis. II. Venditor, qvi actione ex vendito ſumtus in rem venditam factos perſeqvitur. *l. pen. C. act. emt.* neceſſarios & utiles, qvosqve conſtat & emtorem velle impendi. *l. 13. §. 22. de act. emt.* licet res emta non amplius exſtet *d. §. 22. l. 1. §. 2. de N. G. l. 8. de pig. act.* An & emtor aliqvando impenſas recipit? Nempe recipit, qvoties emtio reſcinditur per reſtitutionem in integrum *l. 39. §. ult. de minor.* Idem juris eſt, de iis, qvæ factæ ſunt ab emtore tum in contrahendo retractu, tum intra tempora retractus. Illarum exempla ſunt ſolatium illud qvod præſtatur, præſentibus in contractu der Leykauff / oder Weinkauff / de qvo *Gail. 2. O. 19. VVehn. obſ. pract.* Weinkauff. Sanctus denarius, der Gottes Pfenning. Laudemium, qvode *Magnif. Dn. Franz. c. 16. n. 211.* Primitiæ pretii das Angelt. Has refundi emtori oportet. *arg. l. 27. de ædil. ed. l. 16. §. 1. de lib. cauſ.* Eodem modo impenſæ pendente retractu factæ neceſſariæ & utiles recuperantur, *arg. l. 16. de in di. add. l. 39. §. fin. de Minor. l. 55. §. 1. Loc. Nov. Auguſt. Elect. p. 2. cap. 32 ibi:* die Beſſerung / da die auffgewand / zuerſtatten / Dummodo ad perpetuam utilitatem factæ. *arg. l. 3. §. 1. de imp. in rem dot.* alioqvin cum fructibus compenſandi venient. *l. 7. §. 2. de uſufr. l. 3. §. 1. junct. l. 12. eod.* nec in fraudem retrahentis, ut earum magnitudine deterritus animum retrahendi deſpondeat. *arg. l. 10. §. 1. verſ. non a. ſiliter. ff de V. S. l. 25. de pig. act.*

TH. ULT.

III. Conductor & colonus impenſas neceſſarias, & utiles, ſivè conductio finiatur tempore, ſivè culpâ non amittunt *l. dominus. 55. §. 1. l. pen. pr. ff. loc.* Competit enim conductori pro neceſſariis jus retentionis, ſi mercedem jam ſolvit. *l. 14. de dol. except.* etiam ſine judice *Coler. de proceſ. c. 2. num. 240.* ſed an ad onera realia tenebitur? Et tributa qvidem cum ad

cos

eos ſpectent, qvi prædia poſſident & poſſeſſionis fructum percipiunt *l. 1. & 2. C. de ann & trib. lib. 10. l. 7. de public.* qvalis non eſt conductor. *§. poſſidere. Inſtit. de interd.* hoc onere eum non gravabimur. Exceptis repentinis, de qvibus. *l.* 329. *ff. de adm. tutel.* qvæ moram nullam patiuntur. Circa metata diſtingvam inter ipſum onus metatorum & ei annexa onera alia. Illud ſi conductor in ædibus permanet, æqvo animo ferre debet. *l. 13. §. 7. loc. arg. l. 2. verſ. ergaſteria. ibi: conductoribus C. de metat.* Si vero migrare velit, denunciare domino debet, ut ipſe curam ædium ſuſtineat. *d. l. 13. §. 7. loc.* Itqve obtinet tàm in caſu hoſpitationis ordinariæ, qvàm exercitus hoſtilis, qvia locator ea demum præſtat, qvæ incurſu hoſtium fiunt. *l. 15. §. 2. ff. loc.* *Neqve* hoſpitatio inter caſus fortuitos referenda, qvorum periculum ad dominum ſpectat. *l. 5. C. de pig. act. l. damnum. 12. C. de pig. act.* Qvippe munus patrimoniale. De reliqvis alio forſan tempore. Nunc contenti ſimus hoc Catone.

SOLI DEO GLORIA.

DIS-

J. N. J.

DISSERTATIO QVARTA.

DE

CODICILLIS,

Autore

D. OTTONE PHILIPPO ZEPPER,

Gymnas. qvondam Brem. Prof. Publ.

Pro Gradu

Jehnæ.

ANNO 1653.

THES. I.

COdicilli (a) ſunt ultima teſtati & inteſtati (b) voluntas (c) minùs ſolennis (d) de eo, qvod qvis poſt mortem ſuam (e) fieri vult, citra directam hæredis inſtitutionem (f)

(a) Vocabulum Codicillorum Grammaticis eſt diminutivum, cujus ſimplex eſt codex, qvod à caudice, per levem qvandam verborum immutationem, nomen habet, & à Lexicographis deducitur, ac nihil aliud denotat, qvàm arboris partem extremam craſſiorem, qvæ ſupra terram ex ipſa radice aſſurgit, ramosq; ſecum trahit, vulgò truncus arboris der Stamm eines Baumes vocari conſvevit. Nimirum ex fruticis terram attingentis trunco veteres certas tabulas, per ſerrulam tenuiter diſſectas, & ſubtiliter admodum lævigatas confecerunt, in qvibus ceratis aut cerâ illitis chartarum vel membranarum loco, qvarum uſus tunc temporis necdum repertus, ſcripſerunt, & ſtylo literas exarârunt; qvam ſcribendi conſvetudinem in ta-

Digitized by Google

in tabulis ligneis vetuſtiſſimam, & ante Trojana etiam tempora uſitatam fuiſſe, teſtatur *Plinius lib.13. hiſtor. natur. c.11. Add. Petr. Laurembergius in acerra Philolog. cent.3. hiſtor.50. in princ.* Tabellas igitur illas, qvibus præfato modo aliqvid inſcriptum vel ſculptum erat, priſci figuratè & metonymicè Codices appellarunt. Et qvamvis proceſſu temporis ab hacce, ex tali materia tabulas conficiendi, conſvetudine paulatim receſſum, & uſus chartarum ac membranarum adinventus fuerit; vetus tamen appellatio, utpote rei ipſi impoſita, nihilominus remanſit. Hinc Leo Imperator tabulas continentes notitiam dignitatum & adminiſtrationum civilium vel militarium, & mandatorum principalium, & promotionum, & conſvetudinum, Codices nominat in *l.3. in fin. C. de agentib. in reb. lib.12.* Qvo ſenſu etiam ſcripturæ argentariorum & nummulariorum, qvibus eorum rationes continebantur *l. qvædam 9 §. pen. ff. de edend.* item Imperalium Conſtitutionum volumina *κατ' ἐξοχὴν* Codices appellati *l. unic. C. de nov. Cod. fac. & l. unic. C de Juſtin Cod. confirm,* qvamvis materia inibi variâ it. Et qvia hujusmodi tabellis, præter alia, defunctorum ultimæ voluntates inſcriberentur, hinc translata & accommodata qvoq; eò eſt appellatio illa, ita ut teſtamentaria non minùs ſcriptura dicta fuerit Codex, uti videre eſt ex *§. ſed & unum. 13. in princ. Inſt. de teſtam. ordin. l.1. §. Sed etſi. 6. ff. de bon. poſſ ſecund. tab.* Codicilli igitur hoc in loco nihil aliud denotant, qvàm ultimam voluntatem brevem & minus ſolennem in ſcriptis plerùmq; declaratam. Aliàs ſignificatio vocis in jure noſtro variat. dum vel pro diplomate ſeu literis Principalibus ut in *l.41. in princ ff de excuſat. tut. §.4. in med. ibi: Principalibus Codicillis præſtitis. Inſt. qvib. mod. J.P.P.S. Novell. 81. in præfat. poſt princ. verſ Nam ſi. Calvin. in Lexico iurid. in voce Codicillus.* Vel pro minuto libello *l. 52. in pr ff de leg 3. Vid Meierus in Colleg. π h.t. §* Et qvamvis non deſint exempla in jure, qvib. vox hæc in ſingulari numero uſurpata legitur ut in *l. ult. C. famil. hercisc. l non Codicillum. 14. l. cum antiqvitas. 28. §.1. C. de teſtamentis. l. 3. C. de SS. Eccleſ.* Communiter tamen & freqventiùs in plurali numero collectivè profertur *L148. in fin. ibiq; Gæddæus de V.S.* (b) *§ non tantùm. 1. in princ. Inſt. l. ab inteſtato. 1 . l. conficiuntur. 8 in princ. l.3. in princ ff de iur. Codicill. l.8. §.3. ff. de tranſact. Rolandin, Paſſager. in tr. de Codicill. c.1. n.7. in fin. Jab Koppen.*

1. Obſ. 113. n. 4. (c) *l. fin. §. fin. C. princ. Inſt. in verb. voluntatem.* §. *1. in fin. ibi: à voluntate. h. t.* vocantur aliàs effectivè ultimæ voluntatis inſtrumentum *in l. pen. ff. h. t.* item noviſſimi judicii ordinatio *in l. 2. C. eod.* Qvo ipſo Codicilli cum teſtamentis conveniunt, utpote cùm ſint ſpecies, qvæ ſub uno communi genere collocantur, & plura dentur ultimarum voluntatum genera. *Simon de Pratis de interpr. ult. vol. lib. 2. interpr. 1. dub. 1. ſolut. 9. Franciſc. Mantica de conject. ult. vol. l. 1. tit. 5.* Melius itaq; & rectiùs hoc modo, qvàm vel per ſcripturam *cum VVeſemb. in π. ff h. t. n. 2. in fin.* vel per ſupplementum teſtamenti, ut fit à *Theophilo & Harmenopulo lib. 5. tit. 7.* qvos ſeqvuntur libri Baſil*ικῶν lib. 36. tit. 1.* vel planè per correctionem teſtamenti, prout alii faciunt, definiuntur Codicilli. Scriptura n. vel ideò ſufficiens & adæqvatum genus eſſe neqvit; qvia Codicilli, qvi fiunt ſine ſcriptura & nudè nuncupantur, cujusmodi genus Codicillorum dari ipſe Weſemb. non abnuit, æqvè nomen Codicillorum merentur, ac qvi interveniente ſcriptura conficiuntur. *Vid. Clariß. Dn. D. Hahn ad VVeſemb. ibid.* Sic qvoq; ad eund. modum neq; ſupplementum, neq; correctio teſtamenti dici poſſunt; qvia ſine teſtamento & ab inteſtato etiam fiunt. Qvinimò cùm in caſum extantis vel exituri teſtamenti conficiuntur, non eſt neceſſe, ut corrigant vel ſuppleant teſtamentum, qvia & ii Codicilli haud dubiè ſubſiſtunt, qvi nulla ratione corrigunt teſtamentum, neq; ſeqvela teſtamenti ſunt. Patet a. ex ſuperioribus; Codicillos, cùm ſpecie à teſtamentis diſtingvantur, teſtamentum non eſſe, neq; appellatione teſtamentorum hactenus contineri *l. 7. C. h. t. l. 14. C. de teſtam. in qvib. text. teſtam. Codicillis opponitur. Reuſner. de Codicill c. 2. n. 10. & 11. Vid. tn. Graſſus in recept. ſent. ad §. Codicillus. θ. 165. n. 1.* (d) Dicuntur Codicilli voluntas minùs ſolennis reſpectivè, qvat. non tot ſolennitates circa ordinationem & conſtitutionem eorum reqviruntur, qvàm in teſtamentis, uti ex dicendis fiet liqvidum. *Vid. interim l. ult. C. §. ult. Inſt. h. t. Sichard. ad rubr. C. h. t. n. 1. ubi hac de cauſa Codicillos parvam voluntatem nuncupat, eosq́, ſcaphæ comparat.* Qvoniam ergò pro ſolenni ultima voluntate, cujusmodi eſt teſtamentum, Codicilli haberi neqveunt, ſi fortè ejusmodi ſolennitates in iis interveniant, qvæ teſtamento adhiberi ſolent, ut ſi e. g. hæredis inſtitutio in iis fiat, ſeptemq; teſtes

acce-

Digitized by Google

accedant, vel ſimiles ſolennitates, teſtamento propriæ, adhibeantur, non Codicilli ſed teſtamentum erunt, *l. non Codicillum. 14. C. de teſtam. ubi ex ſola inſtitutione & exhæredatione colligitur, non Codicillos, ſed teſtamentum factum eſſe.* Qvare non obſtabit, qvò minùs talis diſpoſitio pro teſtamento potiùs, qvàm Codicillis reputetur, qvòd adjecta ſit particula taxativa, & dictum ſit *e. g.* in Codicillis, teſtatorem velle tantùm Codicillos facere. Nam qvando actus uno modo denominatur, & effectus tali denominationi repugnat, effectus ſolus attendi debet, & ab eo res denominanda eſt *l. inſulam. 6. vr. de P. S. l. ex conducto. 15. §. ſi uno. 4. ff. locat.* Accedit, qvòd in actu ultimæ voluntatis diſpoſitiva qvalitas, non verò nominatio attendatur, ſi repugnant ſubſtantiæ in actu interveniente, ſed ſubſtantiæ cedat, & credatur, qvòd qvis voluerit eum actum gerere, cujus ſubſtantiam & eſſentiam ponit, qvoniam ex qvalitate diſpoſitionis cognoſcitur intentio diſponentis, ut notant. *Dd. & maximè Fulgoſ. in d. l. non Codicillum. 14 C. de teſtamentis.* adeoqve actus non dijudicatur ſecundùm verbalem denominationem, ſed ſecundùm formam & qvalitatem, & ſic cognoſcitur ab eſſentia ejus *Jaſon in d. l. non codicillum prope fin. verſ. Tertiò adde bonam rationem. qvem refert in iiſdem omnino terminis & ſeqvitur Socin. iun. Conſil. 69. incip. Ad veram reſolutionem. n. 10. & 13. ad fin. vol. 4. Add. Cravetta in ſua repet. ad rubr. de leg. 1.* In ſpecie autem, qvòd etiam taxativâ partic. adjectâ Codicillis, pro teſtamento ii habendi ſint, ſi debitam ſolennitatem teſtamenti contineant, ex JCtis reſpondet *Phil. Corn. in Conſ. 324. col. 4. lib. 1. & Alexand. Conſ. 52. col. 2. verſ. unde ad propoſitum. lib. 7. Add. Franciſc. de Barry in tract. de ſucceſſ. teſt. & inteſt. lib. 1. tit. 6. n. 11. Reuſner. de Codicill. c. 11. n. 1. & Gothofred. ad d. l. non codicillum. 14. in fin. lit. g. circ. med. C. de teſtam.* (e) In eo conveniunt Codicilli cum teſtamentis; qvemadmodum enim teſtamenta morte demum confirmantur, & ad exitum deducuntur, cùm viventis nulla ſit hæreditas *l. 1. ff. de hered. vend. l. qvi ſuperſtitis. 9. ff. de acqvir. hær.* ita ad eundem qvoqve modum Codicillorum effectus in tempus mortis demum confertur, nec anteqvam mors acceſſerit actus diſponentis vim ullam ſortitur *tot. tit. Inſt. ff. & C. h. t. l. 1. §. cum igitur C. de caduc.* Et hoc ipſo Codicilli cum teſtamentis à contractibus, ut pote qvi inter vivos celebrantur, & ſtatim poſt-

qvam perfecti ſunt, obligationem pariunt *l.19. verſ. contractum π. de V. S.* neqve illo modo revocari poſſunt *l. 1. pr. ff. de pact.* niſi diſſenſu utriusq; partis interveniente. *l. ſtipulatio 83. §.1. π. de V.O.* diſcernuntur; cùm non minus ac teſtamenta, vigore ambulatoriæ hominum voluntatis *l. 1. C de SS. Eccleſ.* pro lubitu revocari & mutari poſſint *l. ſi qvis 2. ff. de leg.3.* (f) Directa hæredis inſtitutio, uti teſtamentorum propria eſt, & ſolis relinqvitur, utpote ex qva vim omnem accipiunt *§. ante hæredis. 34. in princ. Inſt. de legat. l. qvod per manum. 10. ff. h.t. l. 1. π. de hær. inſt.* ita à Codicillorum paganorum confectione prorſus aliena eſt, neq; in illis ullo modo fieri poteſt, ne videl. jus teſtamentorum & Codicillorum confundatur *§. pen. Inſt. h.t.* vel, ne per Codicillos, qvi ex teſtamento valent, ipſum teſtamentum confirmari videatur; adeoq; illud, qvod cauſatur ab alio, contra rationem ſit cauſa ejus, à qvo cauſatur *l. qvod per manum 10. ibiq; Alberic. ff. eod. Add. l. Si idem. 7. C. eod. Barry. d. loc. n.8. Cardinal. Tuſchus tom. 1. pract. concl. lit. C. concl. 406. n.1. & 2. Roland. Paſſager. d.c. 2. n.1. & 2. ibiq; Gerard. Muller. in addit.* Unde, ſi qvis hæredem inſtituat, & alias ſolennitates, qvæ in teſtamento deſiderantur, obſervet, tunc non tam Codicillos, qvàm teſtamentum feciſſe dicendus eſt, qvocunq; demum nomine actum inſigniverit. *Vid. qvæ ad lit. præc. dicta ſunt.* Qvod ſi v. hæredis mentionem qvidem per modum diſpoſitionis fecerit, & reliqvas ſolennitates teſtamentarias omiſerit, tantùm abeſt, ordinatio vigorem teſtamenti ſolennis obtineat, ut ne qvidem jure Codicillorum ſubſiſtat, niſi inſtitutio illa per adjectionem clauſulæ Codicillaris, qvæ fideicommiſſum inducit, & rem ad cauſam inteſtati redigit, obliqvata fuerit *l.1. ff h.t. Weſemb. π ff eod.* Eadem eſt ratio exhæredationis, qvæ ſimiliter in Codicillis fieri neqvit *dd. ll. l.4. C. de his qvib. ut indign.* cùm, qvod in datione, idem etiam in ademptione hîc obtineat. Unde eſt, qvòd nec conditio hæredi ſcripto purè in teſtamento, adjici, inq; certum hac ratione eventum inſtitutio conferri neqveat *l. 6. in princ. π §. pen. Inſt. h. t. Galganet. de condition. part.2. c.1. q.75.* Nam per conditionis, maximè caſualis, adjectionem adimitur qvaſi hæreditas ſcripto hæredi, dum per defectum & non exiſtentiam illius res eò deducitur, ut hæreditas illi auferatur, adeoq; in effectu ſcriptus non videatur *arg. l. 27. §. ult. ff. de condit. inſtit. Bald.*

Conſil.

Conſil 475. *lib.* 2. *Ferdinand. Vaſq. de ſucceſ. creat. lib.* 3. § 25. *lib.* 30. *n.* 15.
Si igitur de facto in caſum contraventionis conditio hæredi in Codicillis appoſita fuerit, illa non tam vitiat inſtitutionem per ſe validam & legitimè factam, quàm vitiatur & circumducitur, ut adeò pro non adjecta habeatur *Henricus de Pyro vetus gloſſator ad* § *pen. Inſt. h. t.* Sed Q quid de remotione conditionis, per quam hæreditas directè in teſtamentis datur, dicendum, anne illa in Codicillis ſaltē ſubmoveri, & inſtitutio hoc modo purificari poteſt? Hoc ſimiliter propter naturam privationis & habitûs, qvæ idem concernunt ſubjectum, negandum duco, cum eo ipſo, quod adjectio prohibita reperitur, etiam ademptio ex rationis identitate interdicta cenſeatur. Quid, quòd hoc modo in defectum conditionis directa hæreditas daretur in Condicillis, dum, qvòd ante exiſtentiam conditionis ſperabatur ſaltem debitum iri, nunc, remotâ illâ, ſimpliciter bebeatur, & ſic unâ viâ fieret & concederetur, qvod aliâ denegatur. *contra l* 28. *C. de uſuris?* Et ita in terminis qvoq; reſpondet *Modeſtin. in l. quidam* 27. § *de condit. inſtit. Vid. Abel. Strasburg. Conſ.* 6. *per tot. Galganet. d tr. q.* 75. Qvod ante dixi, hæredem in Codicillis directò inſtitui non poſſe, illud in tantùm verum eſt & extenditur, ut ne parens qvidem liberos, vel liberi parentem hoc modo inſtituere poſſint. Qvamvis n. plura privilegia hiſce perſonis circa teſtandum indulta reperiantur. & jus planè ſingulare habeant, ut teſtentur, ſaltem de jure novo, qvomodo velint & qvomodo poſſint *l.* 7. *verſ. Sed etſi. ibi: quibuscunq; verbis voluntas declarata ſit. C. famil. herciſc* & per conſeqvens non minûs ac militibus hæredes in Codicillis inſtituere illis permiſſum eſſe dicendum videatur *l.* 36. *pr. ff de teſtam mil.* tamen cùm lege ſpecialiter hoc conceſſum reperiatur, & verò Scævola in *l.* 76. *ff ad SC. Trebell. de.* ſubſtitutione, qvæ hactenus pari cum inſtitutione paſſu ambulat *arg. l ſi idem* 7. *C. h. t.* in terminis contrarium ſcripſerit, additâ ratione, in qvibusvis aliis diſpoſitionibus militante, à communi juris regula hoc in paſſu non recedendum puto *arg. l.* 32. *in fin. C. de appellat Hieron. de Cavallos. pract. quæſt. comm. contra comm. q.* 710. Pari modo nec hæreditas in Codicillis adimi & auferri cuiqvam poteſt *d.* § *Codicillis. Inſt. l.* 2. *C. h. t.* ideoq; ſi qvis filium ſuum in Codicillis exhæredare vellet, vel hoc nomine ea exhæredatio non valeret, qvòd in Codicillis eſſet facta; licet alioqvi juſta eſſet exhæredandi cauſa,

neç ulla ratione infringi poſſet, ſiqvidem inteſtamento eſſet facta, idq; in ſpecie ſatis apertè proditum eſt à Juſtin. *in d.§. Codicillis.* Verùm licèt hæc omnia ita ſe habeant, & inde appareat, certisſimam & latè patentem eſſe regulam, qvòd neq; inſtituere neq; exhæredare directo in Codicillis hæredem liceat; tamen ea ita accipi debent, ne excludatur declaratio hæredis. Ejus n. mentio per modum determinationis & relationis in Codicillis ritè fieri poteſt, *e.g.* ſi dicat teſtator in teſtamento: *hæredem, qvem in Codicillis nominavero, inſtituo,* ſive: *Heres eſto, qvem in Codicillis referam l. 77. ff. de. hæred. inſt. l. 10. pr. ff de. condit. inſtit.* Hoc n. caſu hæres ſolùm refertur, & nominatim detegitur illud, qvod ante obſcuriùs nonnihil dictum erat; adeoq; per fictionem qvandam juris translativam tempus confectionis Codicillorum ad tempus conditi teſtamenti traducitur, & ita interpretatur, ac ſi in ipſo teſtamento ſpecifica hæredis expresſio facta fuiſſet. *Vid. Mantic. d. tr. lib. 4. tit. 3. n. 10. & lib. 6 tit. 4. n. 3. Gratian. diſcept. forenſ. c. 973 n. 30.* Si v. nominis expreſſio neq; implicitè, ita ut aliqvo modo colligi posſit ex verbis prolatis de qvo ſenſerit, neq; explicitè in Codicillis, vigore promiſſionis, facta fuerit, tunc inſtitutio, ut pote conditionalis, conditione non exiſtente, evaneſcit *Dd. ad §. 2. Inſt. h. c.* Idem obtinet, qvando hæredes plures in teſtamento ſimpliciter, & ſine ulla partium hæreditariarum adjectione, ſunt inſtituti; tunc n. indefinita oratio reſtringi & explicari, adeoq; partes cuiq; hæredi pro beneplacito teſtatoris in Codicillis aſſignari poterunt, exprimendo, exqvanam portione hunc vel illum velit ſuum hæredem *Barry. d. l. n. 9. e.g.* Si dicat teſtator: *Ex qva parte Titium, Mævium & Sempronium in Codicillis hæredes fecero, hæredes ſunto.* Qvo caſu, ſiqvidem ex poſtfacto teſtator promisſis ſteterit, & in Codicillis partes cuiq; aſſignaverit, illæ obſervabuntur: Si v. Codicillos poſt ſe non reliqverit, vel illos qvidem fecerit, interim tn. nullam partium hæreditariarum mentionem injecerit, mentio partium indefinitarum in teſtamento facta detrahitur, & pro æqvaliter inſtitutis hæredes habentur *l. 36. ff. de. hæred. Inſt.* cùm, *juxta Gothofr. in not. ibid.* ea, qvæ valere & ſubſiſtere poſſunt ſine declaratione, non vitientur non adhibitâ vel omiſſâ declaratione. Et teſtator eo ipſo, qvòd omiſit partium expresſionem, cenſetur tacitè velle, ut qvilibet ex æqvo ſucce-

Digitized by Google

ſuccedat. Similiter exhæredatio, dubiâ oratione facta à parente in teſtamento, ut non liqveat, de qvonam ex liberis teſtator ſenſerit, dilucidari, & filius ſpecificè in Codicillis denominari poteſt *Didac. Spino à Carcer. in ſpecul. teſt. tit. de exhæred. n. 14.* Et, qvod magis eſt, hæres in teſtamento legitimè inſtitutus, ex ſontica cauſa rejici, & pro indigno declarari poteſt, ut ſi teſtator in Codicillis confiteatur & atteſtetur, unum ex hæredibus inſtitutis, qvem denominavit, non mereri voluntatem ſuam, qvia forté metu compulſus ipſum inſtituerit, & qvòd libenter voluntatem illam mutâſſet, niſi adhuc timor ſubeſſet; qvo caſu portione hæreditariâ is privatur, &, inverſo accretionis jure, fiſco illa applicatur *juxta l. 4. C. de. his qvib. ut indign.* niſi evidentibꝰ iudiciis demonſtrari poſſit, declarationē & rejectionē favōre hæredum reliqvorum factam eſſe, qvòd tn. regulariter non præſumitur *Mantica d. tr. lib. 2. tit. 7 n. 5. & lib. 6. tit. 4. n. 7. Simon de Prætis d. l. n. 26. & ſeq. Renſner, d. loc. n. 21.* Qvid verò obtineat, qn. nulla ejusmodi cauſa adeſt, anne & tunc inſtitutionem hæredis in teſtamento factam teſtator perinde in Codicillis mutare aut revocare poſſit? Videſis Moller. *lib. 3. ſemeſtr. lib 3. c. 43.* ubi hoc exemplificat, & rectè negativè decidit. Eadem hactenus eſt ratio ſubſtitutionis, ut pote qvæ pari modo in Codicillis determinari rectè poteſt, *v. g.* ſi illa ambiguis verbis, qvæ & in directam & obliqvam flecti poſſunt, in teſtamento facta fuerit, exprimi poterit directa, vel qvòd voluerit taſem *Barry. d. loc. n. 9. circ. med. Bald. Conſ. 439. & ſeq. vol. 4.*

THESIS II.

Dividuntur Codicilli ratione formæ in ſcriptos & non ſcriptos ſive nuncupativos. (a) Utriqꝫ rurſus vel teſtamento facta fiunt, vel ab inteſtato. (b) Illi vel præcedunt, vel ſeqvuntur teſtamentum (c)

(a) l. 3. §. ult. C. h. t. l. ſi qvis. 3. in princ. C. de bon. libert. l. generali, 13. C. de SS. Eccleſ. Et qvamvis, inſpectâ vi, propriâ ac ſignificatione verbi Codicillorum primævâ, Codicilli ſolum ſcripti dici debeant, tn. per ſententiam ad uſum juris ad non ſcriptos illos qvoq; extendi, & non minùs hos qvàm illos, ita dici debere, nullus dubito; præſertim, cùm non tam formam Codicillorum externam, qvàm vel maximè

ximè voluntatem Codicillantis reſpiciamus, qvæ ſanè verbis æqvè ac ſcripturâ exprimi poteſt. *Vid. Phil. Corn. in l. fin. C. de teſtam. Donell. 7. comm. 18. in fin. Dn. Henning. Rennemann. in iurispr. Rom. Germ. memb. 2 D. 23. th. 16. lit. A. Rotteshuſ. ad §. 1. circ. fin. inſt. h. tit.* (b) *L. conficiuntur. 8. in pr. ff. h. t. §. non tantùm 1. Inſt. l. 3. pr. & §. 1. ff. eod. l. cum ſi 8. §. hac oratio. 2 ff. de tranſact. l. non idcirco. 4. C. h. t.* Qvi in caſam teſtamenti extantis fiunt, aliâs Codicilli ad teſtamentum nuncupantur *d. l. 8. §. 2. ff. de tranſ. l. 36. in pr. ff de mil. teſt. l. 5. §14. de his qvæ ut indign.* compendio videl. orationis & ellypticè pro Codicillis ad teſtamentum factis vel pertinentibus, & veniunt hoc nomine non ſolùm Codicilli confirmati, uti qvidam opinantur, ſed etiam illi, qvi non ſunt confirmati, prout clarè patet ex *d. l. 5. §. 14. ff. de his qvæ ut indig.* Codicilli ab inteſtato facti per ſe ſubſiſtunt, & propriis viribus nituntur, vicemq; teſtamenti exhibent, juxta Paulum *in l. 16. circ. fin. ff h. t.* Qvò fit, ut legitimi, & ab inteſtato venientes, hæredes non minus voluntatem Codicillantis actuali præſtatione ejus, qvod aliis ab illis relictum eſt, adimplere cogantur; perinde n. hactenus habentur, ac ſi hæredes in teſtamento ſcripti fuiſſent *l. 3. in pr. & §. 1. ff. h. t.* de qvo ſuo loco plura. (c) *l. 3. §. ult. l. 5. l. 8. in pr. d. l. 16. ff. §. 1. Inſt. h.* t. utriq; referuntur & pertinent ad ipſum teſtamentum, utpote cujus pars ſunt *l. 14. in princ. circ. med ff. eod. l. ſicut. 11. ff. teſtam. qvemadm. aper.* & jus ſeqvuntur *d. l. 16. in fin. ff. h. t.* exindeq; vires capiunt *l. 3. §. ult. ff. h. t. Dn. Franciſc. Marcus deciſ. 826. n.* 1. Ex qvo deducitur, qvòd omnes Codicilli, etiam illi, qvi ante teſtamentum conditi adeoq; tempore, & confectionis ratione, priores habentur, naturâ, & effectûs intuitu, qvo ſucceſſio defertur, teſtamento poſteriores ſint *arg. d. l. 16. in fin.* & teſtamento qvovis modo irrito facto, unà cum illo corruant, nec ampliùs ſubſiſtere poſſint *l. 3. §. ult. ff. l. 1. C. h. t. Nobiliſs. Ampliſs. Conſultiſs. & Excell. Dn. D. Georg Adam Struv vel Promotor, Præceptor & fautor meus omni obſervantiæ & honoris cultu proſeqvendus. in Exerc. ſuis ad ff Exercit. 28 § 5. Sim de. Prætis d. tr. lib. 2. fol. 10. n. 11. & ſeqq.* Et qvamvis olim ante Conſtitutionem Divi Severi & Antonini eos in ſpecie Codicillos, qvi teſtamentum præcedunt, in teſtamento poſtmodùm peculiariter confirmare neceſſum fuerit, ad hoc, ut effectum conſeqvantur *l. 5. ff. h. t.*: tamen hodie omnes in

uni-

univerſum Codicilli, ſive ante, ſive poſt teſtamentum facti, ſubſiſtunt, utut nulla ſpecialis eorum confirmatio in teſtamento ſubſeqvatur; qvinimô confirmati ſatis cenſentur eo ipſo, qvando voluntas poſterior in teſtamento declarata, à priori, per Codicillos detectâ, non contraria apparet, neq; diſertè exinde conſtat, qvòd diſponens à priori voluntate receſſerit, hoc caſu n. illa ſimul retinetur *l.3.§.ult.ff.§.1.Inſt.h.t.Sichard.ad l.1.n.3.C.h.t.* Nec igitur aliud peculiare indicium non mutatæ voluntatis ampliùs præciſè reqviritur, uti qvidem autumat *Bacchov. ad d.§.1.Inſt.h.t.* Satis n. apparet & colligitur ex reticentia, teſtatorem voluntatem in Codicillis ſemel declaratam, illibatam & firmam permanere velle, dum nihil contrarii ab ea in teſtamento diſpoſuit. Et ſanè, ut dicam qvod res eſt, malè admodum carpit & captat ille, more ſolito, verba Imperatoris, nimiumq; qvantum ſcrupuloſus & verborum cenſor rigidus eſt, dum diverſi qvid ex hiſce propoſitionibus, reverâ tn. & in effectu æqvipollentibus, elicere conatur, & aliud eſſe dicere putat; *Si appareat, teſtatorem non receſſiſſe à priori voluntate.* Aliud v. importare verba: *Suſtineri Codicillos, niſi appareat, teſtatorem diſceſſiſſe à priori voluntate.* Sed de his diſcurſus fortè plura ſuppeditabit.

THESIS III.

Codicilli ab inteſtato facti melioris traditionis gratiâ iterùm diſtribui poſſunt in puros, qvi ſine ullo teſtamento fiunt, & conditionales, qvi in eventum, qvo teſtamentum validum non eſt, aut effectu ſuo fruſtrabitur, per inſertionem clauſulæ Codicillaris, conferuntur.

Rectiùs puto, clauſulam Codicillarem Codicillis ab inteſtato relictis accenſendam; qvamvis n. teſtamentum adſit, tn. cùm illud ita comparatum ſit, (qvod qvidem præſupponendum, ſiqvidem ad clauſulam Codicillarem deveniatur) ut nomen teſtamenti ferè non mereatur, qvia de per ſe, *uti Dd. loqvuntur*, non valet, neq; effectum aliqvem producere poteſt, vigore hujus clauſulæ res omnis ad cauſam inteſtati redigitur, & in vim fidei commiſſi ea, qvæ in teſtamento ſcripta ſunt, ſuſtinentur; ut adeô, ſi eventum reſpicias, non poſſis, qvin eam referas ad Codicillos ab inteſtato relictos, & ex nume-

ro Codicillorum ad teſtamentum, ut vocant, pertinentium excludas *Anton. Fab. in Cod. tit. 16. lib. 6. defin. 10. n. 5. in not.* Qvod autem ipſam clauſulam concernit magnam ſanè de jure noſtro circa teſtamenta vim habet, & hodie uſitatiſſima eſt, cùm paſſim in teſtamentis apponi ſoleat *Dn. Carpzov. lib. 6. Reſponſ. 7. tit. 1. n. 1.* variis tn. ſub formulis & modis efferri in jure ſolet, uti videre eſt *ex Herm. Meiero in Colleg. ff. ad h. t. θ. 16.* communiter v., hodiè præſertim, hunc in modum concipi ſolet: Si hæc mea ultima voluntas non valet, neq; valere poteſt ut teſtamentum, valeat jure Codicillorum, valeat in vim fidei commiſſi, & omni meliori modo, qvo de jure valere & ad effectum pervenire poteſt. Germanicè ita poni ſolet: **Dafern / und im fall dis mein Teſtament / Ordnung und Geſcheffte einziger Urſachen Mangel oder Gebrechen halber von rechtswegen nicht als ein Teſtament gelten ſolte / ſo ſolles doch als ein** Codicill , **oder ander Geſcheffte eines letzten Willens / nach dem allerbeſten / als es von Rechtswegen und am meiſten Krafft haben möchte / geheiſſen ſeyn / und der Geſtalt uffgenommen werden / daß es zu gewierigen** effect **gelangen könne.** Effectus hujus clauſulæ in eo potiſſimùm conſiſtit, ut, ſi fortè teſtamentum ob defectum & intermiſſionem qvarundam ſolennitatum, ad confectionem illius de jure reqviſitarum, ſubſiſtere neqveat, putà qvia fortè ſeptem teſtes non fuêre adhibiti, vel ſigilla planè omiſſa, aut ab omnibus expreſſa non ſunt, vel qvia uno contextu non confectum, ſed actus extraneus, ad teſtamenti factionem non pertinens, immixtus; hiſce & ſimilibus in caſibus nihilominus vigore adjectæ clauſulæ conſolidetur & ſubſiſtat, non qvidem ut teſtamentum, ſed in vim Codicillorum, utpote in qvos virtus teſtamenti, mediante illâ transfunditur & convertitur *l. ex teſtamento. 29. C de fideic. l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. 11. ff. eod. Anton. de Roſelle Conſil. 144. n. 22. & ſeq. Joh. Petr. Surdus Conſil. 232. n. 17. Magnif. Nobiliſs. Ampliſs. & Conſultiſs. Dn. Chriſtoph. Philipp.* **Richter** *JC. celeberrimus, Promotor & Patronus meus ſummè colendus. deciſ. 63. per tot.* nec enim in cauſa teſtamenti aliqvem effectum habet juxta *Anton. Franc. de Doctoribus Conſil. 158. n. 46.* cùm, ſi teſtamentum ſuſtineri poteſt jure teſtamenti, conditio deficiat; teſtator qvippe non ſimpliciter

pliciter voluit teſtamentum jure Codicillorum, vel alio modo, valere, ſed ſub conditione, caſu nim., qvo non valeat, nec valere poſſit jure teſtamenti exiſtente *Surdus d.Conſ.n.38.* Qvo fit, ut verba teſtamenti directa obliqventur, & ad fideicomm.trahantur *l.ſi qvis. 8.§.1. C.h.t.Bart.in l.verbis civilibus. π.de vulg.& pupill.ſubſt.* indeq; diſpoſitio, qvæ primùm collata erat iu hæredes ſcriptos, in venientes ab inteſtato dirigitur *Dn.Carpzov.cit loc.n.4,* ut pote qvi rogati cenſentur hæreditatem ſcriptis in teſtamento hæredibus reſtituere, & reliqvam teſtatoris voluntatem circa præſtationem legatorum, libertatum & ſimilium relictorum, adimplere. *Vid.l.ex ea ſcriptura 29.§.1.ff. qvi teſt.fac.poſſ.l.poſt humus.12.§.ſi paganus.1.ff.de iniuſt.rupt.teſt.l.eam qvam 14.C.de fideic.* Et ita qvoad præſentem caſum reſpondit *Bart.* *[illegible]ente gloſſa in l.1.ff.de iur.Codicill.Conf.Magnif.Dn.D.* Richter *in præalleg.deciſ.n.5.Mantica de coniect.ult.vol.lib.6.tit.4.n.16. Surdus d.l.n.2. Cravetta Conſil. 407.incip. Aynardus Tornatoris.n.1.Rochus de Curte Conſ. 109. n.3. Alex.Conſil.12.incip.Viſo proceſſu.lib.2. Decius Conſ.360.ubi affirmat, omnes in hoc convenire, qvod per virtutem clauſula Codicill. ven ien tes ab inteſtato rogati cenſeantur reſtituere hæreditatem ſcriptis hæredibus. Add. Franciſc. Vivius. deciſ. 422.per tot.* Et hæc hactenus qvidem expedita ſunt, nec facilè à qvopiam in dubium vocabuntur. Sed, qvid ſi ex teſtamento fiat ſucceſſio, anne & tunc hæredes illi rogati cenſeantur hæreditatem ſcriptis in ſecundo teſtamento imperfecto, cui clauſula Codicillaris inſerta reperitur, hæredibus reſtituere, difficilioris & altioris nonnihil indaginis eſt diſqviſitio? Cardo controverſiæ in eo conſiſtere videtur; anne clauſula Codicillaris ſuſtineat ſecundum teſtamentum de jure invalidum? Sanè, cùm prius teſtamentum ipſo jure pro perfecto reputetur, & verò illùd tamdiu ſubſiſtere debere traditum ſit, donec aliud æqvè perfectum ſuperveniat *§.poſtr.2.Inſt.qvib.mod.teſt.infirm.* ſine dubio ipſo jure, *uti in caſu non uſq; adeò abſimili dicitur in l.qværebatur.19.in fin.princ.ff.de teſtam.mil.* poſterius teſtamentum, utpote imperfectum, non tenebit; ſed tn, vigore dictæ clauſulæ, illi adjectæ, communiter eò itum eſt, qvòd in vim Codicillorum nihilominus valet, & per conſeq. hæredes ſcripti in priori teſtamento rogati cenſeantur hæreditatem ſcriptis in poſterioribus tabulis hæredibus reſtituere *arg.l.planè.34.in*

pr. ff de leg. 1. *l. licet. 20 ff. de adim. leg. Mantica d. tr. lib. 6. tit. 4. n. 16. in fin. Hieron. Pantzſchmann. lib. 2. pract. quæſt. q. 15. per tot.* Præterea, non malè qvoq; ſtatuitur, ab inteſtato venientes hæredes eo etiam caſu cenſeri rogatos hæreditatem reſtituere ſcriptis hæredibus, qvo liberi exiſtentes in poteſtate præteriti ſunt, & hac de cauſa teſtamentum ipſo jure nullum eſt; adeòq; non minùs hîc hæredi ſcripto, cujus inſtitutio aliâs ex cauſa præteritionis liberorum conciderET, provideri, jure ſcil. fideicommiſſi, ac ſi hæredes ab inteſtato venientes, & hæreditatem auferentes, rogati eſſent hæreditatem ſcripto in teſtamento hæredi reſtituere. Qvæ ſententia confirmatur *per text. in l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. 11. ff. de fideic. lib. qvo textu non eſſe alium in toto iure meliorem, qvoad hanc ſententiam non veretur adſerere Jaſon in Auth. ex cauſa. n. 23. C. de lib. præter. Facit etiam l. 29. §. 1. ff. qvi teſt. fa. poſſ.* Et hanc opinionem tenet *Socin. iun. in Conſil. 27. Viſo teſtamento. n. 24. lib. 1. ubi addit, qvod ita ſoliti ſint & alii conſulere, uti etiam teſtatur Franciſc. Turretus de effect. & defect. clauſulæ Cod. q. 54. n. 7. Add. Gomez. 1. V. R. 5. n. 24. verſ. Quartò infero. Angel. in Conſ. 18. ubi ſæpè ſcita conſuluiſſe teſtatur. Jaſon in Auth. noviſſima. n. 24. C. de in off. teſt. Paul. de Caſtro in Auth. ex cauſa n. 55. C. d. tit.* Unde apparet, hanc ſententiam non ſolùm in textibus Juris fundatam, ſed & magnâ concordiâ à Dd. receptam eſſe. Sanè Vir Doctiſs. & juris peritiſſimus prælaudatus *Socin. iun. in Conſil 107. n. 24.* non veretur affirmare, qvòd nefas ſit diſcedere à ſententia, tantâ comprobatâ concordiâ. Et ſecundùm illam in graviſſimo Parlamento Delphinatûs judicatum eſſe teſtatur *Guido Pap. q. 323.* Eademq; ratione aliqn. ſolenniter judicatum fuiſſe conſilio omnium Doctorum Peruſii, dicit *Angel. in Conſil. 18. & Jaſon in d. Auth. ex cauſa. n. 23. ſubiicit, hanc deciſionem non habere dubium.* Videtur tn. obſtare regula juris, qvâ acceſſorium (cujusmodi eſt clauſula Codicillaris ratione teſtamenti) dicitur ſeqvi naturam ſui principalis, nec ſubſiſtere corruente principali. *c. acceſſorium de R. J. in 6.* Verùm ex falſo & minùs conceſſo præſuppoſito hoc deducitur; clauſula qvippe Codicillaris eo modo & omninò teſtamento adjicitur, ut non ſit merum acceſſorium, ſed non ſubſiſtente teſtamento perinde habeatur, ac ſi per eam clauſulam principaliter vel ſine teſtamento facti eſſent Codicilli. Diverſum tn. obtinere puto, qn. teſtatori

poſt

poſt mortem ſuam poſthumus naſcitur, qvi ignoranter ab illo præteritus eſt, adeoq; ex hoc capite teſtamentum rumpitur. Qvando n. teſtator annectit clauſulam hanc, & vult ultimam ſuam voluntatem ſervari qvomodocunq; de jure poſſit, tunc enixum deſiderium oſtendit ſuper iis ſolùm, de qvibus cogitavit & cogitare potuit, non vero ſuper ignotis *l. 13. §. item ſi pater. ff. de. reb. dub.* adeoq; dici non poterit, eam ſubjectæ clauſulæ Codicill. vim eſſe, qvòd poſthumus ignoranter præteritus non minùs rogatus videatur de hæreditate hæredibus, qvibuscunq; demum ſcriptis, reſtituenda. Et hoc verum eſſe reor, qvibuscunq; demum verbis, ſive præſentis ſive futuri temporis clauſula concepta fuerit, qvamvis pleriq; Practici cum primis Dd. diſſentiant, uti videre eſt ex *Aymone Cravetta Conſil. 34. per. tot. Conſil. 69. incip. Divino ſubſidio, prealleg. Conſil. 407. item Vincent. Hondedeo vol. 1. Conſult. 74. n. 37. & ſeq. & aliis qvamplurimis ab. illis adductis,* qvi tradunt, qvod clauſula Codicillaris in futurum concepta vires ſuas etiam habeat, qvando poſthumus ignoranter eſt præteritus. Etenim eo ipſo, dum præſens tempus expresſim demonſtratur, futurum qvoq; non minùs hoc in paſſu in clusum & oſtenſum videtur hoc ipſo, qvòd de teſtamenti firmitate, & qvomodo illud ad effectum perduci qveat, actum eſt, in qvo non ſolùm tempus conditi teſtamenti, ſed etiam confirmationis, mortis nim. & delatæ ſucceſſionis, inſpicitur, utpote qvo ad exitum deducitur *l. ſi alienum. 49. §. 1. ff. de hæred. inſtit.* Rectiùs ergò alii dicunt, verbum præſentis temporis VALET habere hoc, in caſu tractum ad futurum tempus, non ſecus ac ſi dictum fuiſſet: non valet, nec valebit. Et, ſi Anton. Teſauro, JCto ſat accurato & in jure verſatiſſimo, credere fas eſt, nullibi in toto juris volumine, ſi diligenter illud perlegatur, in hac clauſula futurum tempus à præſenti ſegregatur, uti ille qvidem teſtatur in *deciſ. 141. n. 8.* in qva *deciſ. per tot.* ex profeſſo hanc qvæſtionem pertractat, ſed tn. ad poſtremum opinionem Bartoli, hujus aliâs ſententiæ ſeqvacis, rejicit. *Vid. Mantica d. tr. lib. 1. tit. 10. n. 3.* Præterea, clauſula hæc Codicillaris nihil operatur, qvando adjecta eſt teſtamento ab eo, qvi teſtamentum condere non potuit; hic n. ut teſtamentum, ſic & clauſula nullam omninò vim habebit, cum ne qvidem Codicilli, à tali perſona facti, ſubſiſtere poſſint, uti ſuo loco dicetur. Eadem

dem ratione effectu deſtituitur. ſi in ipſo teſtamento defectus ratione voluntatis occurrat, ita ut de voluntate teſtatoris conſtare non poſſit, *l. fideicommiſſa 11. § 1. ff de leg. 3. l. ex ea ſcriptura. 29. in princ. ff. de. teſtam. Fabian. Turret. d. tr. quæſt. 22. per. tot.* vel ſaltem perfectum non ſit teſtamentum eatenus, qvatenus Codicilli ad oſtendendum voluntatem diſponentis de jure perfecti eſſent. Nam neceſſe eſt in teſtamento, cui adjicitur clauſula Codicillaris, voluntas ſaltem eo modo declaretur, qvô in Codicillis id fieret, accedentibus qvinq; teſtibus & eorum ſubſcriptione, ſi in ſcriptis teſtamentum fiat, cùm nulli Codicilli valeant, qvi non in ſuo genere perfectè oſtendant voluntatem diſponentis, & nim. coram qvinq; teſtibus facti non ſint, item ſubſcriptione horum teſtium non confirmentur, qvatenus ſcripto comprehenduntur *l. ult. h. t. Vid. Surdus Conſil. 211. in fin. & Conſil. 258. n. 23. & Conſil. 233. n. 36. lib. 2. Beſold. part. 4. Conſil. 154. n. 45. Magnif. Dn. D.* Richter *d. deciſ. 63. n. 18. & ſeqq. Dn. Carpzov. d. lib. 6. Reſponſ. tit. 1. n. 10. & ſeqq.* Sic qvoq; nec eo modo clauſula Codicill. aliqvam vim habet, qvo voluntas tantùm teſtatoris ex parte tanqvam teſtamentum, ex parte verò jure Codicillorum ſubſiſtit; cùm res eadem diverſo jure cenſeri non debeat *l. eum qvi ædes. 23. ff. de uſuc.* nec qvis pro parte teſtatus & inteſtatus decedere poſſit, juxta regulam juris notiſſimam; qvod ipſum tn. in hoc caſu dicendum foret, ſiqvidem ſtatueretur, diſponentis voluntatem, teſtamento declaratam, partim vi teſtamenti, partim vi Codicillorum valere, niſi teſtamentum, ſcripto interveniente, ſit factum, qvo caſu videri poſſent per clauſulam Cdicillarem Codicilli in ſcriptis facti. Deniq; notandum, qvòd teſtamento aliâs imperfecto nullum ſubſidium afferat hæc clauſula, neq. præfatum effectum operetur, niſi diſertè â teſtatore, vel à Notario, nomine tn. & juſſu ejus, (qvod in dubio præſumitur factum fuiſſe *Joh. Vincent. Hondedæus d. Conſult. 74. n. 39. & ſeq. Mantica d. tr. lib. 1. tit. 10. per tot. Gratianus Conſ. 112. lib 2. Cevallos quæſt. 525. ubi dicit, veram eſſe hanc ſententiam dummodò probetur. qvòd teſtamentum fuerit lectum coram teſtatore. Nicol. Everh. Sen. Conſ. 26. á princ. Turretus d. tr. quæſt. 143 n. 3.*) expreſſa, & teſtamento inſerta fuerit; nec enim regulariter ſubintelligitur *l. ult. § 1. C. h. t. l. 41. §. 3. verſ. Quæ ita. ff. de. vulg & pupill. ſubſt. l. ſi. iure. 11. ibi: cùm non fuiſſet adiectum, ut pro Codicillis ſcriptum valeret C. de teſtamen.*

ma-

manum. cùm, qvi teſtari voluit, nunqvam credatur Codicillos facere, & actum jure Codicillorum valere voluiſſe, niſi id expreſſerit. *l.1. ff.h.t.Cardin.Tuſch.pract.Concluſ.tom.1.lit.C.concl. 292.n.185. Mantica de loc.tit.9.n.1.& ſeqq. Turretus d.tr.quæſt.138.per tot.* Qvod ipſum tn. aliqvibus in caſibus fallit, ubi tacitè clauſula hæc teſtamento ineſſe ſubintelligitur, qvi videri poſſunt apud *Franciſc.Mantic.d.lib.1.tit.9. per tot.Franciſc.de Barry.d.tr.lib.10.tit.16.n.19.circ.med.& ſeqq. Simonem de Pratis.d.lib.2.ſolut.10.n.39.& ſeqq. Turretum.d.tr.quæſt.138.& multis ſeqq.* ad qvos brevitatis ſtudio me refero. Plura de clauſula Codicillari in genere videri poterunt apud *Grivell.deciſ.126.n.25.& ſeqq.& deciſ.28.per tot.Franciſc.Vivium deciſ.422.Molinam de iuſt & iur.tract.2. diſp.132. Franciſc.de Barry.d.tr.lib.10.tit.6.per tot.Guidonem Papam quæſt. 329.& quæſt.51. Afflict. deciſ.125.Gabrielium tit.de conſult.concluſ.4.Trentl. conſil.21.Fachin 2.conſil.18.*

Theſis. IV.

Cauſa efficiens Codicillorum eſt ipſa voluntas diſponentium authoritate Imperatoris, qvi legem condendi poteſtatem habet ſuffulta. (a)

(a) Uſus enim Codicillorum tempore Auguſti Imperatoris demum invaluit, & ex L. Lentuli perſona introducti primitùs ſunt Codicilli, *uti refert Imp.inprinc. Inſt.h.t.* Hic etenim, cùm in Africa decederet, Codicillos feciſſe fertur, in qvibus & Auguſto, tunc temporis regnanti, per fidei commiſſum injunxit, ſive potiùs ab eo petiit, ut aliqvid faceret, & inter cætera à filia ſua legata reliqvit. Cui elogio non ſolùm filia in præſtatione legatorum, ſed & ipſe Auguſtus in adimpletione ejus, qvod ab eo petitum, morigeros ſe præbuerunt, eaq; ultrò præſtitêrunt, ad qvæ tunc temporis necdum cogi poterant. Qvod igitur L. Lentulus cœpit introducere, per Imperatorem poſtmodùm confirmatum, & in perpetui juris formam redactum eſt. Unde factum, ut hanc Imperatoriam authoritatem ſeqvuti alii, ſimiliter præſtiterint ea, qvæ ab illis in Codicillis relicta fuêre. Præterea, ut eo majore cum authoritate jus Codicillorum introduceretur, convocavit eo tempore Auguſtus JCtos, & cum illis de firmitate Codicillorum conſultavit, ac præprimis Trebatii ſen-

tentiam

Digitized by Google

tentiam deſuper exqviſivit; à qvo nonminûs hoc ultimæ voluntatis genus comprobatum, & pro neceſſario ac utili reputatum fuit, utpote cûm ingens commodum & emolumentum peregrinantibus, illisq;, qvi in remotis conſtituti ſunt regionibus, præbeat; hin, cùm copiam teſtium, ad confectionem ſolennis cujusdam teſtamenti neceſſariorum, ſemper habere neqveant, ritè utiq; teſtari non posſiunt, ut ut vel maximè velint. Et hæc ſunt, qvæ in d. princ. ab Imperatore noſtro de Codicillorum origine & ortu primo traduntur, qvæ vel ideò notatu digna ſunt, qvia planè ſingularia continent, nec *fatente Reuſnero d. tr. c. 1. n. 6. circ. fin.* usqvam alibi in toto juris volumine qvicqvam de origine Codicillorum extat.

THESIS V.

Permiſſum eſt facere Cdicillos omnibus in univerſum, qvi teſtamenti factionem activam (a) habent, in qvibus illis relinqvii qvid poteſt, qvi teſtamenti factionem paſſivam habent, (b) ab illis, qvi vel inſtituti in teſtamento, vel ad qvos aliâ ratione hæreditas diſponentis pervenit.

(a) *l. Divi. 6. §. Codicillos 4. l. conficiuntur. 8. §. codicilli. 2. item §. 3. circ. med. l. Ariſto. 9. in fin. π. h. t. l. in bello. 12. §. Codicilli. 5. in medio. π. d. captiv. & poſtl. rer.* Qvemadmodum igitur Edictum de iis, qvi teſtamentum facere poſſunt, eſt prohibitorium, ut adeò omnibus indiſtinctè facultas condendi teſtamentum conceſſa reputetur, qvibus ſpecialiter hæc non eſt prohibita *arg. l. 12. ff. de iudic*; ita qvoq; Codicillos condere poſſunt, qvibus illud ſpaciali lege non ademptum eſt. Ex qvo per contrarium deducitur, qvòd qvi à teſtamenti confectione arceantur, hi qvoq; ad Codicillos faciendos non admittantur. Qvod ipſum *egr.* in furioſo ab Impp. Dioclet. & Maxim. diſertè reſcriptum reperitur *in l. qvi Codicillos. 5. C. h. t.* ubi volunt: ne qvidem Codicillos per furioſum fieri poſſe. Qvaſi dicerent, teſtamentum furioſus facere non poteſt, idq; adeò verum eſt, ut nec Codicillos rectè conficiat, eadèmq; ratio Codicillorum, qvæ teſtamenti ſit. Verùm hæc non ita accipienda ſunt, qvaſi nemo Codicillos aliter facere poſſit, qvàm cùm teſtamenti condendi facultatem habet; nam qvod hactenus dictum eſt, ad eas perſonas reſtringendum

Digitized by Google

dum eſt; qvib. teſtamenti condendi facultas per ſe competit, vel qvæ ſimpliciter ab ea facultate à jure excluduntur. Nam alioqvi fieri poteſt, ut qvis teſtamentum condere neqveat, & tn. rectè faciat Codicillos; ut ſi qvis ob certum impedimentum eo tempore, qvo teſtamentum ordinare vult, non poteſt hanc ſuam voluntatem ad effectum deducere, putà ſi 7. teſtes habere non poſſit, vel ad ſimiles ſolennitates, qvæ in teſtamento deſiderantur, devenire neqveat, hoc caſu, ſi 5. ſaltem habere poterit teſtes, ritè Codicillos condere poteſt, textus hac de re eſt elegans *in l. conficiuntur. 8. §. 2 π. h. t.* Illud autem apud Interpp. in controverſiam vocari ſolet, qvid dicendum ſit de iis perſonis, qvæ ſtatuto ſive jure aliqvo municipali teſtari prohibentur, Anne ſcilicet hujusmodi perſonis etiam interdictum ſit Codicillos facere. Sanè *Bart. Alex. Jaſ. Zaſius & alii in l. 2. ff. d. leg. 2.* eò extendunt ſupra dictam regulam, quâ ſcil. ii demum, qvi teſtamentum condere poſſunt, Codicillos qvoqve facere poſſe cenſentur, ut ejusmodi ſtatutum exiſtiment comprehendere etiam eos, qvi Codicillos facere volunt; ideòq; ſtatuto teſtari prohibitos, nec Codicillos ordinare poſſe adſerunt. Qvam ſententiam communi Dd. calculo receptam eſſe teſtantur *Franciſcus Ripa in d. l. 2. & Fernand. Vaſqvius d. ſucceſs. progreſs. lib. 3. §. 30. n. 32.* Verùm contraria ſententia verior videtur. Nam ſtatuta ſtrictè accipienda ſunt *l. 3. §. hac verba π. d. neg. geſt. Hondedæus vol. 1. p. 1. conſ. 5. n. 51. & vol. 2. conſult. 51. n. 32. M. VVeſemb. vol. 2. conſ. 135. n. 33.* ſtrictè a. & propriè appellatione teſtamenti non veniunt Codicilli *l. ſi idem. 7. C. h. t.* licèt latâ appellatione ſub eo contineantur, ſecundum ea, qvæ à Dd. notantur in *l. 2. C. commun. de leg. Vaſq. d. l. §. 25. limit. 30. n. 2. poſt. med.* Deinde ſtatuta non debere extendi dicitur ultrà caſum; de qvo loqvuntur *l. ſi furioſ. & ibi Bald. C. de nupt.* Atq; hoc qvidem hîc eò magis locum habet, qvòd agatur de ſtatuto correctorio. Nam jura correctoria non facilè, etiamſi non ſint ſtatuta, ad conſeqventiam trahi, & ad alios, qvàm de qvibus loqvuntur, porrigi debent. *l. ſi qvis actiones ibiq; latiſs. Dd. C. d. SS. Eccleſ.* Qvare cùm Codicillorum non ſit mentio in jure municipali non debent verba teſtamenti factionem in hac vel illa perſona prohibentia, ad Codicillos extendi, cum præſertim in dubio ea potius tenenda ſit ſententia, qvæ favet ultimæ voluntati, &

O per

per qvam ea potius ſuſtinetur, qvàm perit *l. ſi pars. in princ. ff. de in off. teſt. l. fin. de re iudic.* Perirent autem Codicilli, ſi facti eſſent ab ea perſona, qvæ condere teſtamentum prohibetur ſtatuto, & diceretur tale ſtatutum intelligendum etiam eſſe de Codicillis. Unde meritò amplectenda illa ſententia, in qva non fit extenſio, ſed in terminis ſtatuti permanetur. *Vide Harprecht. ad princ. Inſt. h. t. n. 33. & ſeqq.* Pro regula igitur tenendum eſt, qvòd qvi teſtamenti factionem activam habent, ii & Codicillos facere poſſint. Cùm autem de teſtamenti factione qværitur, tempus Codicillorum inſpiciendum, & videndum, an eo tempore is, qvi Codicillos fecit, habilis fuerit ad teſtamentum condendum, nec ne; eodem qvippe tempore, qvo factum teſtamentum de jure non ſubſiſtit, nec codicilli facti valebunt, & vice verſa: Ut, ſi is, qvi ſui juris eſt, facto teſtamento, in qvo nullam Codicillorum à ſe faciendorum mentionem fecit, adeòqve eos in præteritum non confirmavit, ſeſe arrogandum alteri dederit, & in eo ſtatu Codicillos fecerit, hi utiq; non valebunt nec qvicqvam ex illis peti poterit, qvamvis poſtmodum emancipatus & ſui juris iterum factus deceſſerit, & jure Prætorio teſtamentum ejus convaluerit. Et hoc ita verum eſt, niſi confirmatio Codicillorum in teſtamento præceſſerit, eaq; tempore utili facta fuerit; tunc enim vigore illius, qvam reſpiciunt, ſuſtinentur, & tempus teſtamenti, ad qvod fictione juris translativa referuntur, attenditur *l. conficiuntur 8. §. ſi poſt à 3. ff. h. t.* (h) Eadem hoc in paſſu eſt ratio perſonarum, qvæ habent teſtamenti factionem activam, & cum qvibus eſt teſtamenti factio. Qvemadmodum n. illis ſolùm Codicillos conficiendi poteſtas conceditur, qvi lege non prohibente teſtamenta condere valent; ita qvoq; ii demum relictorum in Codicillis ſunt capaces, qvibus per teſtamentum aliqvid relinqvi poteſt, qvamvis teſtamentum aut Codicillos proprio nomine (nullo tamen facinore inteſtabiles redditi) facere neqveant. Qvod ipſum egregiè demonſtratur à Scævola *in l. qvidam 14. in pr. circ. med. ff. h. t.* dum Codicillos pro parte teſtamenti haberi, obſervationemq; & legem juris inde traditam, ſervare ex mente Sabini & Caſſii refert. Nec tamen illud aliovorſum trahendum, qvaſi hoc intelligi velit de ſolennitatibus; illud etenim à mente JCtorum perqvam alienum eſt; ſed hoc potiùs indigitant, ad pa-

Digitized by Google

ria cenſeri jura Codicillorum & teſtamentorum, cùm de perſonis Codicillantibus, & illis, qvibus aliqvid relinqvitur, adeòq; reſpectivè de factione teſtamenti activa & paſſiva, qværitur. Nihil a. refert, utrum perſonæ poſterioris generis relicta in Codicillis retineant, an verò aliis, ratione poteſtatis fortè, acqvirant *arg. l. non minus 31. ff de hæred, inſtit. §. in Xneis. 4. Inſt. de hæred. qual. & diff.* Cui conſeqvens eſt, qvòd etiam in filiofam. fideicommiſſum in Codicillis relinqvi poſſit *l. filiusf. 16. princ. ff. qvi teſt. fac. poſs.* Planè illud non intereſt, utrum hæres, vel ille, à qvo relinqvitur fideicommiſſum, vel legatum in Codicillis, abſens aut præſens ſit; nec n. eò minus capient relicta, qvibus adſcripta ſunt, qvòd oneratus abeſt *l. non idcirco 4. C. h. t. Add. §. ult. Inſt. de her. inſtit. l. 22. §. ult. ff. de fid. libert. Reuſnerus d. tr. c. 13. per tot.*

THESIS VI.

Materia Codicillorum eſt eadem qvæ teſtamentorum, niſi qvòd hereditas directò (a) in illis neqve dari, neq; adimi poſſit. Variat autem ratione diverſorum modorum, qvibus § 2. Codicillos fieri dixi. (b) Et qvidem non ſolùm res ſingulæ ut legata, (c) fideicommiſſa particularia, (d) libertates, (e) tutelæ dationes (f) ſed etiam univerſæ, ut fideicommiſſum univerſale, (g) in iis relinqvi poſſunt.

(a) *l. qvidam 5. §. ſed cum 1. poſt princ. C. de neceſſ. ſerv. hæred. inſt. l. inſtitutio. 10. in princ. π. de condit. inſtit. l. aſſe toto. 77. π. de hæred. inſtit. Ferdinand Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 25. limit. 30. n. 2. ubi latè Vid. § 1. lit. f.* Qvid igitur ſi directa nihilominus verba in Codicillis reperiantur Sanè ſi de voluntate diſponentis conſtat, qvòd non tam teſtamentum, qvâm Codicillos facere intenderit, dicendum videtur, verba illa directa, cum qvibus Codicilli ſubſiſtere de ſtricto jure neqveunt obliqvari, & ex æqvitate ad fideicommiſſum trahi. Qvod ipſum velle videtur JCtus *in l. 2. §. ult. π. h. t.* dum hæreditatem, in teſtamento inutiliter relictam, Codicillis, tanqvam hæreditatem, confirmari non poſſe, ſed ex fideicommiſſo petendam eſſe adſerit, cùm tn. non conſtet, hæreditatem in Codicillis obliq; per fideicommiſſum

relictam fuiſſe, qvinimo ſupponendum, qvòd Codicillans verbis directis & imperativis fuerit uſus, ex eo, qvia JCtus hæreditatis dationem vel confirmationem denegat, qvod utiq; factum non fuiſſet, ſiqvidem per indirectum & precativè eam reliqviſſet. Qvamvis igitur directò inſtitui, vel ſubſtitui hæ res non poſſit, juxta *l. Divi. 6. in princ. ff. h. t.* exinde tn. neceſſariò non infertur, qvòd verba directa in Codicillis uſurpata, qvaſi obliqva eſſent, interpretari non liceat. Et hæc ſine dubio in praxi ita obtinere, qvamvis in theoria contraria ſententia verios ſit, teſtatur *Dn Ortolphus Fomannus, Ordinarius & Anteceſſor in hac Salana; dum viveret, ſat inclutus, in dictatis ſuis ad π. tit. de iure Codic. cap. 2. qvi eam qvoq; ſententiam ſectatur in diſp. ad Inſt. 16. θ. 11. lit. B. Add. Gomez. 1. V. R. 5. n. 24. verſ. Primò infero: pag. mihi. 68. col. 2. & Treutl. vol. 2. diſp. 10. θ. ult. lit. B. in not. Zoëſius ad h. t. n. 7. Vaſq. d. l. 19. qvem tn. vide.* (b) Qvædam n. teſtamento confirmatorum ſunt communia, qvædam propria, qvæ non niſi in Codicillis teſtamento confirmatis relinqvi poſſunt, uti ex ſubſeqq. patebit (c) *l. 6. §. ult. l. 37. §. 11. in fin. l. 8. §. 3. l. 14. in princ. & §. 1. π. h. t. l. Lucius. 88. §. Scævola. 13. ff. de legat. 2.* Olim qvidem ante Conſtit. Imp. in *l. 2. C. comm. de leg.* legata ſolùm in teſtamentis relinqvi poterant *§. præterea. 10. in fin. Inſt. de fideic. hæred. l. 36. de leg. 2. l. legatum. 110. ibi: qvâ teſtator. ff. de leg. 1.* Hodiè verò poſt exæqvationem legatorum & fideicommiſſorum, qvâ illud, qvod amplius fuit in legatis translatum ad fideicommiſſa, & qvod defuit legatis, illud ſuppletum ex fideicommiſſis; diſpoſitio legatorum nedum ratione primævæ dationis & conceſſionis, *prout textus ſuprà allegg. oſtendunt*; ſed etiam qvoad diminutionem *l. 3. §. pen. π. de adim. leg. l. 2. §. 1. π. de cond. indeb.* translationem *§. 1. Inſt. de adim. leg.* & omnimodam ablationem *l. qvidam referunt. 14. in pr. π. h. t. l. ſi qvis. 16 π. de vulg. & pup. ſubſt.* in Codicillis conceſſa eſt. *Diſſ. Fernand. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 17. reqviſ. 28. n. 124.* Et horum legatorum, qvæ in Coicillis relinqvuntur, eadem eſt ratio qvoad diei ceſſionem & obligationis ortum atq. nativitatem, qvæ teſtamento relictorum *l. π. qvand. dies leg. l. 1. §. in noviſſimo. 5. C. de caduc. toll.* ita, ut qvamprimū teſtator animum efflavit, peti poſſint, & locus ſit transmiſſioni *Dn. Franſc. Marcus deciſ. 835. per tot.* (d) *princ. & §. 1. Inſt. l. 3. per tot. l. 8. §. 1. ff. h. t. l. ult. C. qvando dies leg. ced.* De qvo eò minus dubitari poteſt, qvia fidei-

fideicommiſſorum cauſâ Codicilli primitùs introducti ſunt (e) *l. 2. §. 2. d. l. 8. §. ſi ei 5. d. 11. ff. h. t. l. uxorem. 41. §. Codicillis. 2. l. 37. §. 3. de leg. 3. l. qvidem 96. §. ult. in fin. ff. de leg. 1.* ubi tn. diſtingvendum inter directas & fideicommiſſarias libertates. Ille nonniſi Codicillis confirmatis, hi verò Codicillis teſtamento etiam non confirmatis, dari poſſunt, ut reſponſum à Modeſtino in *l. libertates. 43. ff. de manum. teſt. his verbis: Libertates directæ & teſtamento & Codicillis confirmatis rectè dantur: Fideicommiſſa & ab inteſtato, & Codicillis teſtamento non confirmatis relinqvi poſſunt. Addantur textus antea citati.* Qvemadmodum a. dari libertates dicto modo poterant; ita qvoq; Codicillanti integrum erat illas rurſus adimere, modò in terminis maneat, h. e. modo, qvo dedit, etiam adimat juxtà *Ulp. tit. 2. Inſt. §. ult. Add. l. unic. π. de adempt. libert.* (f) *l. 3. in princ. l. ult. ff de teſtantur. l. 1. §. in fin. ff de confirm. tut.* Qvod ſimiliter reſtringendum ad Codicillos teſtamento confirmatos ad text. utpote, cum directis & imperativis verbis relinqvantur, qvæ à Codicillorum natura regulariter aliena ſunt. *vid. d. l. 1. §. 1. circ. med. ibi: precor te curam habere rerum mearum l. 8. §. ult. ff. de teſtamm. tut. Meier in colleg. π. ad tit. de teſtam. tut. 8. 8 Simon de Pratis de J. U. V. lib. 2. ſolut. 10. n. 22.* Eadem ratio eſt ademtionis *l. tutor datus 8. in princ. l. ult. ff. d. tit. de teſtam. tut. l. e. ſi à patre 2. C. eod.* (g) *§ penult. Inſt. l. 2. § ult l. 13. §. 1. in princ. ff. l. hæreditatem 2. C. h. t l. 76. ff. ad SC. Trebell.* e. gr. Si Codicilli cum teſtamento, ſive ante, ſive poſt fuerint facti, in illis hæres directò aliàs in teſtamento inſtitutus, rogari, & fidei illius committi poteſt, ut qvamprimùm adierit hæreditatem, illam Sempronio reſtituere velit *d. l. 2. C. h. t.* Si verò in cauſa inteſtati verſamur, verba ad legitimum, & ab inteſtato, venientem, hæredem diriguntur, qvi ſimiliter petitur, ut hæreditatem fideicommiſſario hæredi reſtituere, eùmq; unà ſecum adhæreditatem (poſito caſu, qvo pro parte hæreditas reſtitui petitur) admittere velit *l. ab inteſtato 16. ff. h. t. l. 1. §. Hoc autem. 5. ad SC. Trebell.* Qvo caſu non immediatè ab ipſo diſponente, ſed mediantibus aliis, & interventu perſonarum, qvibus velut inſtrumentis ac mediis Codicillans utitur ad hoc, ut prohibitionem legis evitet, & ſe diſpoſitioni juris conformet, hæreditatem, vel particulam ejus conſeqvitur fideicommiſſarius. Et tunc non attenditur, qvanam ratione hæreditatis in teſtamento data fuerit, utrùm efficaciter

& utiliter, an v. inutiliter; qvamvis enim hæreditas minus rectè data, in Codicillis, illis in terminis, & ad hoc ut valeat tanqvam hæreditas directa, prout primitùs data erat, relinqvi neqvit: tamen per indirectum & in modum fideicommiſſi dari & confirmari poteſt, qvemadmodum reſpondet Julianus *in l. 2. ff. h. t.* Reſtitutâ a' hac ratione hæreditate per fideicommiſſum, hæres fiduciarius præcipuam & ſalvam ſibi retinet qvartam Trebellianicam ex diſpoſitione legis *§. 5. & ſeqq. Inſt. de fideicomm. hæred. l. 6 ff. ſi qvis omiſs. cauſ. teſt. tot. tit. ff. ad SC. Trebell.* idq; ideò receptum eſt, ne in totum eximatur & evacuetur hæreditas, nullo effectu penes hæredé remanente *Simon de Pratis d. loc. n. 14.* & ut tantò facilius voluntates diſponentium effectum ſortiantur. *Sichard. ad l. poſt mortem 12. in prin. C. de fideic.*

THESIS VII.

Forma Codicillorum in juſta eorundem confectione conſiſtit. Ad hoc autem, ut talis ſit, reqviritur qvinq; teſtium (a) cujuscunqve ſexûs (b) ſive rogatorum, ſive fortuito (c) venientium, præſentia ſimultanea (d), eorümq;, ſi in ſcriptis fiant, ſubſcriptio (e)

(a) *d. l. ult. C. h. t. l. cum antiqvitas 28. §. 1. in fin. C. de teſtam.* qvi in omni ultima voluntate, excepto teſtamento, reqviruntur *l. ult. C. de fideic. l. ult. C. de donat. mort. cauſ. l. hac conſultiſſima §. pen. ibi: non quaſi ultimam voluntatem inteſtati valere ſancimus, in qva quinqq; teſtium diſpoſitiones ſufficiant. C. d. t. de teſtam.* Minor itaq; numerus teſtium in Codicillorum, qvàm teſtamenti confectione, reqviritur, adeòq; & hoc in paſſu, ratione ſolennitatum adhibitionem, teſtamentum diſtat à Codicillis. Qvamvis ergò Imp. *in. §. ult. Inſt. h. t.* univerſaliter neget, Codicillos ullam ſolennitatis ordinationem deſiderare, tamen hoc ipſum non ita ſimpliciter & abſolutè juxta externum verborum corticem, ſed certo modo & reſpectivè, intelligendum puto ut certa qvædam qvalitas adhibeatur; qvâ ratione etiam dictum §. explicat vetus gloſſator. *Herm. de Pyro ſuper inſtit. ibid. Add. Sichard. ad Rubr. C. eod. n. 3. Reuſner. d. tr. c. 10. n. 5. & ſeqq.* Cæterùm, qvemadmodum in teſtamentis major nonnunqvam ſolennitas reſpectu teſtium adhibendorum numeri reqviritur, veluti in ſpecie de teſtamento cœci reſcriptum *in l. 8. C. qvi teſt. fac. poſſ.*

Digitized by Google

oſ. ubi præter regularem ſeptem teſtium formam, octavus, vel loco ejus Notarius publicus inſuper adhibendus: Ita qvoq; in Codicillis idem obtinet, adhibitâ tamen juſtâ proportione & menſurâ numeri teſtium ordinarii, qvi alias in Codicillis juxta normam *d. l. ult. §. ult. C. h. t.* exigitur, illisqve congruit, uti in *d. l. 8.* dicitur. Et licèt verba verſiculi *Qve in eundem.* primo intuitu præciſa eandemq; in ſpecie ſolennitatem in prioribus relatam, importare videantur, ut adeò non minus in Codicillis, qvàm in teſtamento, rigore illorum verborum, ſeptem diſtrictè teſtes unà cum Notario reqviri videantur, uti hunc in modum exinde deducere conantur præter alios *Fab. Turretus d. tr. q 20. per tot. Paſſager. in tr. de teſtam. Rubr. 1. in fin. & Rubr. 61. n. 8.* Tamen juſta interpretatione reſtrictivà adhibitâ intelligi debent juxta qvalitatem Codicillorum, & prout diſpoſita circa Codicillos præ ſe ferunt, uti non minùs innuunt verba ſubſeqventia modò allegati verſic. Et hanc ſententiam uti veriorem & textui magis convenientem; ita eandem in praxi ſeqvutus eſt *Joh. Vincent. Hondad. JCtus Italus eximius. conſult. 58. vol. 2 p. 4. qui pleniùs videri poterit. Add. Sichard. add. l. hac. conſult. 8. n. ult.* (b) nec enim præciſè, ſicuti in teſtamento, qvalitas maſculinitatis, *ut loqvitur Card. Conſ. 119. n. 5.* attenditur, ſed fœminæ qvoq; adhiberi, & numerum qvinarium teſtium ſupplere poſſunt, per ea, qvæ tradunt *Hond. d. l. conſult. 67. & Magnif. Dn. Franck. Exerc. ad Inſt. 7. q. 10. item Bard. tr. lib. 1. tit. 1. n. 13. & tit. 6. n. 3.* Strictè ergò illa prohibitio qvâ à teſtimonio in teſtamentis ferendo mulier arcetur *in l. 20. §. 6. ff. qvi teſt. poſſ.* accipi, nec ad caſum præſentem extendi debet, uti ipſe textus inſinuat, præſertim, cùm teſtimonii dictio ſit de genere perſonarum: Et ratio qvoqve prohibitionis, diſpoſitionem circa teſtamenta inducens, in Codicillis ceſſet, utpote qvi non ſunt ejusmodi actus publicus & civilis, qvalis olim erant teſtamenta, cum calatis comitiis, ſimiliq; modo, apud Romanos conficerentur, cujusmodi actibus fœminis, ne ſexûs muliebris verecundiam egrediantur, intereſſe indecorum fuit. *Et hanc ſententiam præter adductos pauciente Dd. tam in praxi, qvâ claret, qvàm in theoria, legendo publicè & dictando, ſeqvutus ſemper fuit Vir Clariſs. & Conſultiſs. Dn. D. Joh. Wachmann Inſtitutionũ quondã Profeſſor laudatiſſimꝰ incl. Gymn. Brem. Patria-*

nus

Digitized by Google

nunc verò ejusdem Reip. Syndicus, & ad Comitia moderna Ratisbonenſia p. t. legatus digniſſimus, Præceptor, Fautor atq; Patronus meus jugiter colendus, qvemadmodum eam qvoq; hunc in modum retulit in Collegio Profeſſorum Bremenſium ad Inſtit. qvod Juſtinianus controverſus inſcribitur, Diſ. 20. th. 9. (c) Nihil qvippe intereſt, fortuito & de per ſe, an verò ſpecialiter ad hunc actum invitati & accerſiti venerint, ut adeò non diſtrictè peculiaris qvædam rogatio, more in teſtamentis uſitato, reqviratur *d. l. ult. §. ult. C. h. t. qva alternativè loqvitur, unde alterutrum ſufficit Nicol. Boërius deciſ. 34. verſ. Item fallit, Vid. Aloyſius Riccius in collect. deciſ. deciſ. 3078.* Et qvamvis de jure noviſſimo, Novellarum putà correctum id eſſe, adeoq; ſpecialem rogationem hodiè in Codicillis exigi tradat *Molinæus Conſ. 31. n. 3 & 4.* Non video tamen qvâ ratione illud ipſum ex verbis textûs, qvem hanc in rem adducit, elici poſſit; unde diſpoſitionem *d. l. ult.* in correctam & firmam adhuc perſtare dixerim *arg. l. 27. C. de teſtam.* Cæterùm, utut hæc ita ſe habeant, nec ſpecialiter rogari teſtes ad teſtimonium in Codicillis perhibendum neceſſe ſit; interim tamen, qn. ita ex accidenti & ſpondaneo motu adveniunt, nihilominus admoneri & certificari debent ejus actûs, qvem Codicillans geſturus eſt, & cujus gratiâ in teſtimonium adhibentur *Dn. Rennem. alleg. loc. θ. 24. lit de ubi rectè monet, non eandem rogationis rationem, qve in teſtamentis exigitur, hic reqviri. Add. Cardin. Tuſchus practic. concluſ. lit. C. concluſ. 404. n. 6. in fin. & concl. 405. n. 3. & 4.* (d) *d. ult. §. ult. ibi: In uno eodemq; tempore adhiberi debent.* Eousqve igitur Codicillans exſpectare cogitur, donec omnes teſtes acceſſerint & convenerint, ne per advendum unius poſt alterum turbetur, & actus Codicillaris, qvi uno contextu ad ſimilitudinem teſtamenti fieri & celebrari debet *l. 28. in pr. ibi: vel Codicillus naſcitur, C. de teſtam. d. l. ult.* hac ratione, interrumpatur. *Volckmann.* im formular-Buche *p. 1. c. 51. n. 20. ubi dicit*: **Es werden unterandern zu eines** Codicils Solennitäten **auch erfordert** Actus continuus, **daß nehmlich die fünff Zeugen/ ſo** reqviriret **werden/ uff eine Zeit bey einander ſeyn müſſen/ ob ſie gleich inſonderheit nicht dazu erbehten/ ſondern ohngefehr kommen und angeſprochen werden.** *Diſſ. Tuſchus d. l. concl. 404. n. 8.* (e) Codicillorum, qvi in ſcriptis conficiuntur, hoc proprium eſt, qvòd præter corporalem teſtium præſentium, eorundem ſubſcriptio & ſubnotatio

Digitized by Google

tatio qvoq; deſideretur *d. l. ult. §. ult. Graſſus libr. recept. ſent. §. Codicillus n. 10. & ſeq.* Errat proinde *Vaſq. d. l. n 6.* uti hoc nomine etiam à Dn. Hilligero ad Donell. Enucl. *lib. 7. comm. c. 19 lit. d.* rectè notatur; dum in tantùm Codicillos ſolennitatibus juris exemtos eſſe ſcribit, ut etiã ſubſcriptio teſtium non exigatur; qvia probari poſſit Codicillorum tenor, licèt in ſcriptis fiant, per ſolam qvoqve teſtium depoſitionem. Contrarium etenim ex alleg. text. diſertè relucet, cum, qvod de ſubnotationis accommodatione inibi Imp. reſcribit, non aliter, ipſa vocabuli proprietate ſvadente, qvàm de ſubſcriptione, & chirographi corroboratione, intelligi poſſit, niſi eò temeritatis qvis procedat, ut adſerat, verba hæc absq; effectu & inaniter eſſe poſita. Nec verum eſt, qvòd d. l. ſubjungit, præter gloſſam, Doctores in univerſum omnes hoc ſtatuere, ut enim alios præteream, ſanè *Jaſon. ibid. n. 12.* expreſſè contrarium ſuſtinet dum adhuc addit, idem obtinere in donatione m. c. Cui accedunt *Joh. Fab & Schneidew. ad §. fin. inſt. Add. Barry d. tr. lib. 1. c. 6. n. 6. qui tres caſus diſtingvit.* Cùm autem prædicta *l. ult. §. ult.* ſolùm loqvatur in terminis ſubnotationis, in ea acqvieſcẽdum, nec ulterius ſingulorum impreſſio reqvirenda. *Vid. Tuſchus d. l. concl. 404. n. 8 Reuſner. d. tr. c. 10. n. ult.* Pari ratione non exigitur, ut ipſe diſponens ſive ſignaculum ſive ſubſcriptionem adhibeat, cùm ſufficiat, ſolennitatis loco, teſtes, eorumq; ſubſcriptiones adhibuiſſe *l. Divi. 6. §. 1. ff h. t.* Qvod ipſum in tantùm verùm eſſe ſubjungit ibi. JCtus *in §. 2.* ut licet in confirmatione Codicillorum adjecerit, ſe non velle aliter Codicillos valere, qvàm ſi â ſe ſignentur & ſubſcribantur adeoq; huic juri per derogationem qvaſi renunciaverit; tamen non obſtante hac clauſulâ Codicilli ab eo confecti ſubſiſtant, etiamſi illud poſtmodum in ipſa confectione obſervatum non fuerit, neq; adeò ſigillum ejus, neqve ſubſcriptio adjecta reperiantur; cùm poſteriora prioribus derogent, & in ultimis voluntatibus noviſſimè ſtãdum ſit *l. 4. ff. de adim. & transfer. leg.*

THESIS VIII.

Finis Codicillorum eſt, ut facilior & expeditior ſit ratio ultimæ voluntatis condendæ, non impedita tot regulis juris; & ut diſpoſitio ſuprema conſervetur, tantoq; melius ad exitum

P dedu-

Digitized by Google

deducatur (a). Effectus præter actionem ex Codicillis redundantem (b) qvâ mediante relicta nobis in Codicillis conſeqvi poſſumus, in eo qvoqve ſpecialiter conſiſtit, qvòd ſcripta in illis perinde habeantur, ac ſi per diſpoſitionem teſtamentariam relicta fuiſſent; (c) adeoqve hæredes tam teſtamentarii, qvam legitimi ad præſtationem eorum teneantur.

(a) Finis hic aliqvo modo ab Imp. *in princ. Inſt. h. t.* indicatur, dum propter magnas & longas veterum peregrinationes utiliſſimum pariter & neceſſarium diſponere viſum fuiſſe docet, ut ſi qvo loco teſtamenta propter defectum ſolennitatum condere impedirentur, per Codicillos ſaltem hujusmodi facultatem haberent. Qvæ ſanè cauſa adhuc dum obtinet, utpotè cum variæ & qvidem longæ, per vias & invia, per nemora & ſaltus, per maritima & campeſtria, adeoqve periculoſa loca, peregrinationes, tum ſtudiorum continuandorum, tum mercatus & commerciorum inſtituendorum, aliâqve juſta & inevitabili de cauſa, ſubeundæ veniant. Neqve verò putandum, qvaſi Imp. ſolarum peregrinationum habitum reſpexerit, & aliud neceſſarium obſtaculum, qvod variè humano generi de facto obvenire poteſt, renovare intenderit, hoc enim ab intentione illius alienum eſſe, ipſa introductionis ratio luculento eſt argumento. Generaliter proinde tenendum, cauſam finalem introductionis Codicillorum primævam re vera fuiſſe, qvòd legislator voluerit, occurrente aliqvo impedimento neceſſario, ob qvod qvis teſtamentum planè condere neqvit Codicillos, minori teſtium numero, ſimiliqve remiſſiori ſolennitate, confici poſſe, qvò ſic homines liberiùs & faciliùs de rebus ſuis per ultimam voluntatem diſponendi facultatem haberent, & elogia eorum, enixo cum deſiderio compoſita, ad optatum effectum, citra ullum juris ſtrepitum, deducantur, neq; tot impugnationibus & ſubverſionibus, qvas tantò plures ſolennitates obſervandæ inducunt *l. 1. in princ. verſ. Cùm in notitiam meam. ff. de teſtam. mil.* obnoxia ſint. (b) Actionem vel inde primo loco non immeritò collocandam autumo, qvia juxtà Paulum *in l. 15. ff. de R. J.* rem ipſam qvam qvis petit, habere intelligitur, qvi actionem adæqvatam, tan-

qvam

qvam expeditum medium & remedium, qvo rem ipſam conſeqvi poſſit, habet. Hoc ipſum qvippe unicè exoptant & in votis habent morientes, ut voluntas eorum extrema, poſtqvam jam aliud velle nō poſſunt *l.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* à poſteris ſervetur, id qvod legitimo juris remedio, & actionis beneficio contingit. Qvænam autem actio in ſpecie ratione relictorum in Codicillis detur, de eo non uſqve adeo inter eruditos convenit, dum alii condictionem ex lege, qvidam actionem ex teſtamento utilem, ad legata & fideicommiſſa in Codicillis relicta accommodatam aſſignant, pars verò ad officium judicis mercenarium, vel remedium *l. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll* confugiunt. Rectius & tutiùs putârim controverſiam hanc, mediâ viâ incedendo per diſtinctionem dirimi poſſe; ita ut ex Codicillis teſtamento confirmatis, ſive ad teſtamentum pertinentibus, actio ex teſtamento detur, cùm pars qvædam & ſeqvela teſtamenti ſint, & ex illo vigoris ratione participent, ut alibi dictum *Tuſchus d. concluſ. 404. n. 2* Ex Codicillis v. ab inteſtato & ſine teſtamento, conditis ſimpliciter actio ex Codicillis in ſpecie ſic dicta reſultet *Meierus d. l. th. 19.* Cujus occaſione illud notandum ex *l. ult. princ. C. h. t.* Qvod honorato vel inſtituto qvidem ab initio integrum ſi vigore clauſulæ Codicillaris, teſtamento inſertæ, eligere, utrûm velit ex teſtamento, an vero ex Codicillis agere; cæterùm, qvando unam viam ſemel elegit, & res fortè ex voto ipſi non cedit, ita ut ſuccumbat & ſpe ſuâ hactenus fruſtretur, poſtmodum ad aliam accedere regulariter non permittatur, *qvo de plenius conſulatur Sichard. ibid. juxtà l. ſi ei* 2. §. *Codicillorum.* 2. *ff h. t.* ex qva regula, uti plura alia deducuntur, *qvæ videri poſſunt apud Meierum d. diſp. th. 19.* ita *in d. text.* hoc infert JCtus, qvòq ſervo, qvi teſtamenti facti tempore teſtatoris fuit, Codicillorum verò alienus, non rectè libertas directa detur; & contra ſi cùm teſtamentum fiebat, alienus ſit, Codicillorum tempore teſtatoris, alieno ſervo libertas data intelligatur. Et qvamvis communiter Dd. illam conſeqventiam nonnihil reforment, demendo in priori membro negationem; nihilomninus tamen tenari poſſet, annon textus ita intelligendus ſit, qvòd, cùm qvæcunq; in Codicillis ſcribuntur perindè habeantur, ac ſi in teſtamēto ſcripta eſſent, neutro caſu poſſit dari directà libertas; qvod ipſum innuere videtur verſiculus generaliter & in plurali numero ſubjectus

Digitized by Google

Et ideò &c. Poſteriori enim caſu non poteſt dari directa libertas, qvia tempore teſtamenti ſervus non eſt proprius teſtatoris, ut facilè patet. Neqve etiam priori caſu; qvia tempus Codicillorum trahitur ad tempus teſtameti; ſicuti igitur, ſi tempore teſtamenti ſervus fuiſſet alienus, non potuiſſet ipſi in eo directa libertas dari; ita qvoq; cùm tempore Codicillorum ſit alienus & verò qvæ in Codicillis ſcribuntur perinde habeantur, ac ſi in teſtamentis ſcribantur, non poteſt in Codicillis directa libertas relinqvi. Neqve enim exiſtimandum qvòd verba: *qvæcunq; &c.* hunc ſenſum habeant, ac ſi præciſè ſtatus ille, in qvo fuit ſervus tempore teſtamenti ſit ſpectandus; ſed qvòd ille modus relinqvendi libertatem, qvi, ſi ſervus in præſenti ſtatu, qvo Codicilli fiunt, fuiſſet, non potuit adhiberi in teſtamento, etiam à Codicillis exſulet. Et vice verſâ ſi ſtatus, qvi fuit tempore teſtamēti, non admiſit, ut daretur directa libertas, non poſſit eadem etiam in Codicillis locum habere, licèt ſtatus ſit mutatus; adeoqve ſemper talibus caſibus recurrendum eſſe ad libertates fideicommiſſarias JCtus generaliter ſubjungit. Vid. gloſſa ad illum text.

THESIS IX.

Affinia Codicillorum ſunt reliqvæ ultimarum voluntatum ſpecies, qvocunqve demum nomine inſigniantur, qvibus mortalitatis intuitu in alterum qvid confertur, ut teſtamentū (a) Epiſtola fideicommiſſaria (b) donatio mortis cauſa &c.

Conveniunt Codicilli cum teſtamento nonſolùm qvoad objectum circa qvod, & perſonas diſponentes; qvæ utrobiqve ejuſdem debent eſſe qvalitatis & habilitatis, cum ii demum Codicillos conficere, qvi teſtamenti factionem activam habent, & iis viciſſim relinqvi qvid poſſit, cum qvibus teſtamenti factio paſſiva intercedit; Sed etiam ratione modi ſive formæ accidentalis ſcripturæ putà; utrumq; enim & nuncupatione, & in ſcriptis fieri poteſt, uti ex dictis eſt liqvidum. Differunt verò multis modis, qvemadmodum ex tota diſput. præſenti videre eſt. *Conf. Aloyſius Riccius in collect. deciſ. deciſ. 1187. Rolandinus Paſſagerius tr. de Codicill c. 2. per tot. Schneidvvinus ad §. 2. n. 4. Inſt. h. t. qvi ordine & ex profeſſo differentias teſtamenti & Codicillorum*

tra-

tradunt.(b)Cujus fit mentio in *l. cùm heredes 7. C. qui teſt. fac. poſſ.* qvam parùm à Codicillis differe, & vi ac poteſtate cum illis convenire author eſt *Reuſner. de Codicill. cap. 9. n. 7.* Sanè in hac epiſtola æqvè fideicommiſſum, unde etiam fidei commiſſaria cum adjectione & certa qvalitate ita dicitur :) atqve in Codicillis relinqvitur, ut adeò ratione materiæ hactenus conveniant *l. in epiſtola 22. C. de fideic. l. miles 75. in princ. ff. de leg. 2.* & ſi fides epiſtolæ conſtat (h.e. uti interpretatur *Gothofred. in not.* ad legem infra citandam, ſi de manu ejus, de qvo qværitur, ſcriptam eſſe epiſtolam conſtat) parilem habet effectum, ut adeò non minùs præſtandum ſit qvod in illis relictum reperitur *l. ult. in fin. princ. ff. de leg. 2.* dummodo qvinqve teſtium, in omni ultima voluntate, extra teſtamentum, reqviſitorum ſubſcriptione fuerit munita *gl. in l. 1. verbi literas C. de Codicill.* exindeq; vicem qvaſi Codicillorum ſuſtinet *dd. ll.* & easdem conjecturas circo fideicommiſſa admittit *Franciſ. Mantica. de C. U. V. lib. 1. tit. 12. n. 3.* Differt tamen viceverſâ à Codicillis tum ratione formæ, ſcripturæ nim. qvæ nunqvam ab epiſtola abeſſe poteſt; tum ratione præmiſſæ ſalutis, ſine qva epiſtola non amantur; tum ratione perſonarum, ad qvas dirigitur, qvæ utrobiqve variant, cum epiſtola utcunqve ad amicos & propinqvos, Codicilli verò nonniſi ad hæredes vel teſtamentarios vel legitimos, ab inteſtati, dirigantur. Diverſa itaqve ſpecies eſt ultimæ voluntatis à Codicillis *d. l. ult. in princ. ff. de 2. d. l. 75. in princ. ff. ibid.* Hinc deciſio ſeqventis dubii deſumi poteſt. Pone: Titius teſtamentum condidit in qvo duos ex æqvo hæredes ſibi inſtituit, Sejum & Semproniam, & inter alia Sejo in ſpecie ſignificavit, ut ſi qvid, obſignatum recepiſſet à ſe, illud jure Codicillorum valere debeat: Poſtmodum eidem Sejo miſit literas non ſignatas, in qvibus ipſi prælegati nomine qvid relinqvit. Q. an ea qvæ in epiſtola continentur, firmiter Sejus petere poſſit. Sanè, qvia teſtator ad certum ſcripturæ genus in teſtamento ſe retulit, exindèqve omni alii ratione qvalitatis illius diverſæ voluntati derogâſſe tacitè cenſetur, & verò literæ non fuerunt obſignatò transmiſſæ, videtur utiqve dicendum, cohæredem Sejam hac ipſa exceptione Seji petitionem & deductionem præpedire poſſe. Sed contrarium in terminis reſponſum reperitur *in d. l. ult. princ. ff. de leg. 2.* ubi hunc caſum JCtus decidit, &, ſiqvidem

ad eam perficiendam & in eſſe deducendam pro ſolennitate qvadã qvinqve teſtium præſentia, ad modum aliarum ultimæ voluntatis ſpecierum reqviritur *l. ult. C. de donat. mort. cauſa.* Ex qvo haud immeritò in dubium vocari ſolet traditio plerorumqve, donationem hanc qvoad formam ſolennitatis & ordinationis contractibus inter vivos annumerantium; nec enim ita ſimpliciter illud concedi poteſt. Planè eo reſpectu, qvat. hæc donatio inter duos, & ſtipulatione celebrari aſſolet, facilè conceſſerim, illam contractibus aſſimilari, qvamvis alias plures ſimilitudines cum ultima voluntate, qvàm cum contractibus habeat, adeòqve illi qvam his vicinor ſit. *Conf. Dn. D. Ludvvell. in not. ad VVeſemb. tit. de mort. c. don. n. 6. in pr. Heigius ad §. 1. n. 11. & ſqq. Inſtit. de donat. Mantica d. l. n. 1.* Et ex his convenientia qvoqve mortis cauſa donationis cum Codicillis apparet. Qvibus accedit, qvòd illi demum regulariter mortis cauſa donare poſſint, qvi teſtamenti factionem activam habent *l. in omnib. 1. §. unde 1. ff. de tut. & rat. diſtr. l. tutor. 22. l. Lucius. 46. in fin. ff. de admin. & per. tut. l. 16. C. eod.* & vice verſâ, illis demum mortis cauſa donare ſit permiſſum, qvi legatorum in teſtamento ſunt capaces & teſtamenti factionem paſſivam habent *. 9. l. Senatus. 33. pr. ff. d. t.* Qvomodo vero è contra ab invicem differant ex dictis in præced. theſſ. & collatione eorum, qvæ Schneidvvin. de diverſitate legatorum & mortis c. donationis tradit *ad d. §. 1. Inſt. de donat. n. 24. circ. fin.* colligi poterit. (d) De qvibus videri poterunt *Sim. de Prætis d. tr. lib. 2. ſolv. fol. (mihi) 165. Rittershuſ. in expoſ. Novell. p. 6. c. 1. n. 6. Guido Pap. qu. 543. & Gipham. in l. ult. C. h. t. de Codicill.*

THESIS X.

Contraria Codicillorum ſunt, qvæ vel eorum nativitatem & exiſtentiam, vel progreſſum & exitum impediunt. Nativitati obſtat cauſarum Codicillos conſtituentium defectus, (a) & clauſula derogatoria (b) Progreſſum impediunt modi, qvibus infirmantur; qvod fit vel principaliter & per ſe, (c) ut contraria voluntate, (d) verbis aut facto (e) declaratâ, morte, (f) capitis diminutione, (g) non v. nativitate poſthumi; (h) nec teſtamento poſteà conditio, in qvo nulla priorum Codicil-

cillorum mentio facta eſt (i): Vel per conſeqventiam & alieno caſu, infirmitate nim. teſtamenti, ex qvo dependent (k)

(a) Si nim, qvædam ex illis, de qvibus §. 7. actum eſt, omiſſa fuerint; tunc enim, utpote deficiente formâ, actus ipſe nullus eſt & evanidus, adeoq; Codicilli nullum de jure effectum ſortiuntur. (b) Putâ, ſi diſponens teſtamentum antea fecit, in qvo expreſè proteſtatus eſt, ſe nolle Codicillos, qvos fortè poſteà facturus eſſet, valere; ſed perſtiturum firmiter in ea, qvam ſemel concepit, & modò perfecit voluntate; hoc caſu clauſula illa, diſpoſitionis poſterioris derogatoria, hũc effectum operatur, ut non attentis Codicillis, prioris voluntatis fortè correctoriis, vel noviter diſpoſitivis, juxtà tenorem teſtamenti, primitùs confecti procedatur; niſi diſertè de revocatione illius clauſulæ conſtet. *arg. l. ſi quis in principio. 22. in fin. princ. ff. de leg. 3. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 3. §. 30. n. 25.* (c) Qvæ ſeqvuntur, præprimis efficiunt, qvo minùs Codicilli ex diſpoſitione juris ad exitum perducantur; adeoq; initialis qvidem firmitas adeſt, ſed ſed ex poſtfacto qvid ſupervenit, qvod eorum ſubſiſtentiã & effectum impedit atq; infringit (d) *arg. l. 6. §. 2. in fin. π. h. t.* Si nim. Codicillans coram qvinq; teſtib⁹ vel apud acta firmiter teſtetur, ſe à priori voluntate, qvàm in Codicillis præcedaneis aperuerat, receſſiſſe; adeòq; dicat, ſe nolle diſpoſita in illis valere, qvia certis de cauſis animi ſententiam mutârit. Unde patet, qvod omninò qvalificata voluntas hoc in paſſu reqviratur, nec nuda per ſe ſufficiat. Et qvamvis Codicillorum natura primitùs, dum introducerentur, hæc fuerit, ut ex voluntate ſimplici valerent *§. ult. Inſt. h. t.* adeòq; hinc concludendum videatur, qvòd eâdẽ ratione, accedente videl. contrario abſtractivè, placito diſſolvi, & in nihilum redigi poſſit, cùm unumquodq; eo modo diſſolvatur, quo colligatum eſt, nec plus quid in diſſolutione quàm conſtitutione actûs deſiderari queat *l. nihil tam naturale 35. ff. de R. J. l. omnia. 100. ff. eod.* Promulgata tamen poſtmodum Conſtitutione *in l. ult. C. h.* aliud inductum, & prior diſpoſitio vaga & in deciſa nonnihil limitata, certisq; quaſi cancellis incluſa fuit, ut non aliter valere debeant Codicilli, quam ſi coram actis publicis vel quinq; teſtibus conficiantur. Ex quo igitur hoc conſtitutum inde liquidum quoque evadit, eundem

modum

Digitized by Google

modum circa infirmationem adhibendum eſſe; utadeò non alitet hodiè revocentur Codicilli, quam ſi apud acta, vel quinq; teſtes, contraria mens explicata, deq; eà diſertè proteſtatum fuerit *arg. d. d. 35. Vid. Menoch. 1. præſumt. 51. n. 1. Dn. Carpzov. lib. 6. Reſp. tit. 1. reſp. 6. per tot. Cardin. Tuſchus tom. 1. pract. concluſ. 408. n. 1. & ſeqq. lit. C. Diſſ. Donell. lib. 7. comm. c. 19. circ. med. qvem ſeqvitur Bocerus claſ. 1. diput. 6. theſ. 49. lit. a.* Hoc occaſione: An legatum, in teſtamento inter libros relictum, coram qvinq; teſtibus in Codicillis revocari poſſit, qvæſitum memini? Rationem dubitandi pro negativa ſuppeditat textus *in Novell. 107. cap. 2.* ex cujus Conſtitutionis tenore apparet, qvòd diſpoſitio illa, modum revocationis & mutationis teſtamento parentis inter liberos præſcribẽs duplicem præprimis caſum contineat, & nõ ſolùm in univerſali, qvæ hæredis inſtitutionem potiſſimum reſpicit: Sed etiam particulari teſtamenti deſtructione, & qvando de ademtione prælegati, filio facti, agitur, obtineat, qvod videl. utrobiq; ſeptem teſtium præſentia, nõ ſecus atq; in cõfectione primordiali neceſſaria ſit & reqviratur. Verùm, cùm ſupponatur legatum eo modo, qvo decet de jure & juxta ſolennitates reqviſitas coram qvinq; teſtibus in Codicillis ademtum eſſe; utiq; ademtionem illam, utpote legitimam, valere dicendum eſt, cùm hactenus qvoad legata vel noviter concedenda, vel transferenda, vel totaliter removenda, Codicilli non minùs ſolennis ſuo modo diſpoſitio dicantur qvemadmodum annotat *gl. in l. qvemadmodum C. de fideicom.* Nec ſane dictam Novellam aliter, qvàm in nudis totalis teſtamenti remotionis & mutationis ſubſtantialis, terminis loqvi, adeòq; unicum hunc duntaxat caſum proponere, eumq; decidere, ipſe contextus, ſi perpendatur nonnihil, ſatis exhibet. Hinc ſtatim in *princ. d. c. 2.* dicitur: *ſiqvidem usq; ad mortem maneat hoc ſchema*, & paulo poſt: *cui licuit rumpere qvod factum eſt.* Item in fin. *videri eum defunctum eſſe, prioribus infirmis factis ex ſecunda eius ſecũdum perfectum teſtamentum aut voluntatem, diſpoſitione.* Qvæ omnia eo in caſu, qvando forma teſtamenti manet, nec factum eſt aliud teſtamentum, non militant neqve procedunt, ſed unicé mutationem teſtamenti omnimodam reſpiciunt. *Vid. Pantzſchmann. d. l. qvæſt. 20. per tot.* Qvod fit duobus potiſſimùm modis. 1. Deletione, eorum, qvæ in Codicillis ſcripta erant *L. 1. §. ult. ff. de his qvæ inteſt. del.* vel etiam cancellatione & inciſione Codicillo-

Digitized by Google

cillorum ad ſimilitudinem teſtamentorum *l. noſtram. 30. C. de teſtam. l. 11. §. 1. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. Vaſq. d. l. n. 56.* 2. Aliis Codicillis diverſo tempore, diſſonâ voluntate, ordinatis; tunc enim prior diſpoſitio diſcrepans, & contrariam à poſteriore voluntatem continens, revocatur, *l. cùm proponatis. 3. C. h. t.* cùm qvæ poſteà geruntur, uti alies *l. pacta noviſſima 12. in princ. C. de pact.* ita etiam hoc in paſſu prioribus derogent *l. Divi. 6. §. licet. 2. inf. π. eod.* & noviſſimæ ſcripturæ hoc in paſſu prævaleant *l. ſi mihi 12. §. in legatis. 12. in princ. π. de leg. 1. Alexand. Conſil. incip. admodùm præclare lib. 2. quē ad hoc allegat. Pantzſchmann. 2. q. 14. n. 16.* firmioresq; poſteriores voluntates reputentur *l. dari 19. C. de fideic.* Planè ſi diverſi ſolùm ſunt Codicilli, ita ut aliud fortè legatum, vel ſimile qvid, in poſterioribus relictum atq; diſpoſitum extet; nihil obſtat, qvò minùs ſimultaneè ſubſiſtere poſſint, nec priores tempore tolluntur; cùm & plures hactenus Codicillos facere, & cum pluribus pariter decedere permittatur *d. l. 6. §. Codicillos 1. l. conficiuntur. 4. §. ult. ff. §. ult. Inſtit. h. t. Joh. Petr. Surdus Conſil. 130. n. 2. & 14. Sichard. ad Rubr. C. h. t. n. ult.* In qvo iterum Codicilli à teſtamentis diſtant, cùm nemo paganorum cum duob. teſtamentis decedere poſſit, qvin potius prius per poſterius æqve perfectum rumpitur *§. poſteriore. 2. Inſt. quib. mod. teſt. infirm. l. 1. circ. fin. & l. ſeq. π. de iniuſt. rupt. teſt.* Diverſitatis rationem aſſignant *Hermann. de Pyro & Magiſter Nicaſius de Voerda ſuper Inſt. h. t.* qvia teſtamentum ſolenne pleniſſimam de omnibus in univerſum bonis voluntatem teſtatoris continet; unde non patitur aliud ſecum; Codicillus autem eſt minus ſolennis, reſpectivè voluntas, nec de omnibus, ſed aliqvibus ſaltem bonis, unde ſecum patitur alios. *Add. Donellus lib. 7. comm. c. 19. circ. med.* Cui conſeqvens inſimul eſt; longè tutiùs aliqvid relinqvi in Codicilis, qvàm teſtamento, niſi fortè diſponentis interſit hæredes inſtitui, uti annotant, & rationē hinc deducunt *Barthol. Cæpolla, cautione 87. per tot. & Specul. in tit. de inſtrumentorum edit. §. viſo de impugnatione. verſ. Et nota qvod tutius eſt relinqvere &c.* Et hoc in caſu, qvando plures reperiuntur Codicilli, neq; de ordine eorum apparet, ut adeò conſtare neqveat, uter prior vel poſterior ſit, qvia fortè uno die ambo ſunt ordinati, & in uno legatum relictum in alio verò ademtio ejuſdem facta reperitur, tunc præſumitur ille Codicillus poſterior vigore privationis, habitū ſuppo-

poneu-

Digitized by Google

ponentis *l. 116. ff. de V. S.* & prævalere, in qvo facta eſt ademtio *Cynus Bald. & Dr. in l. cum proponatis. 3. C. h. t. Mantica d. tr. lib. 6. tit. 4. n. 11. fol. (mihi) 122. col. 2.* Si v. non ſunt contrarii, ſed diverſi duntaxat Codicilli, & eâdem in illis res pluribus relicta inveniatur hoc in caſu, qvia unus per alterum ex dictis non tollitur, omnes ſimul ad legatum concurrunt, & concurſu hoc ex tacitâ & præſumtâ mente teſtatoris partes ſi faciunt legatarii, qvoniam re conjuncti cenſentur, dum ad eandem rem vocati ſunt, adeoq; ſcinditur inter eos legatum, niſi de contraria defuncti voluntate conſtet, qvòd alteri legatum adimere, & in alterum transferre voluerit. *Vid. Mantica d. loc. n. 10. Reuſner. de Codicill. cap. 15. n. 11. pag. 89.* (f) Qvod intelligendum reſpectu ejus, cui in Codicillis qvid relictum, qvia, ſi ante mortem Codicillantis, adeoq; priusqvam ad effectum deducatur diſpoſitio honoratus decedat, Codicilli ipſo jure concidunt, nec magis relicta valent, qvàm ſi mortuo in Codicillis qvid adſcriptum fuerit *l. 6. §. ult. d. 14. in princ. circ. med. verſ. nullius enim 11. h. t. l. 4. ff. de his qvæ pro non ſcript.* (g) Putà, ſi diſponens vel ab hoſtibus in bello legitimo captus *l. 1. in princ. π. de leg. 3. arg. l. ſi qvis 6. §. irritum 5. ff. de iniuſt. teſt. l. 2. ff. de leg. 1.* vel ſeſe venundari paſſus, vel arrogatus fuerit; hiſce enim & ſimilibus in caſibus, qvia res eò devenit, unde incipere non poteſt, Codicilli pariter infringuntur. *Vid. de his omnibus latè diſcurentem Vaſq. de S. P. §. 30. n. 69. & ſeqq.* Qvod ſi tamen cauſa infirmationis vivo teſtatore fuerit rurſus ſemota, ut ſi arrogatus rurſus emancipatus, captivus dimiſſus, & ad ſuos poſtliminio reverſus fuerit, tunc per reſtitutionem qvaſi in integrum reconvaleſcunt Codicilli, nec qvicqvam intermedia ſtatus mutatio illis præjudicat. *Vid. l. 8. §. 3. π. h. t. l. 12. §. 5. π. de captiv. & poſtlim. reverſ.* (h) *l. ſi qvis 3. §. Sed et. l. qvi gravi. n. l. ab inteſtato. 16. π. h. t.* Rupturæ enim ratio hîc ceſſat, cùm omnes, & nati & naſcituri, hæredes ſcripti cenſeantur, *d. l. 3. §. 1.* & unus ſolùm caſus ſine diſtinctione perſonarum hîc ſit *d. l. 16. Gabrielius Conſil. 113. n. 6. vol. 1. Siehard. ad l. n. 4. C. h. t.* Sed qvomodo hoc in caſu præſtetur fideicommiſſum ab hæredibus, difficile ſanè eſt decidere, propter leges diverſimodè hac de re loqventes, & modò onus præſtationis ſolis ſuperſtitibus tempore confectionis, imponentibus, modò poſthumum unà includentibus. Qvò igitur facilior deciſio fiat, pono ſeqventem caſum: Titius, cùm unicum haberet

beret filium in vivis, teſtamentum qvidem nullum ordinavit, ſed ab inteſtato deceſſit, & reliqvit poſt ſe Codicillos, qvibus Mævio 100. Imperiales donat; poſtmodùm ex inſperato naſcitur defuncto alius adhuc filius, qvi ſimul cum fratre ab inteſtato ſuccedit pro virili. Qvæſtionis jam eſt: An ſolus filius, de qvo ſolum potuit cogitare diſponens, legatum illud ſolvere, an verò etiam poſthumus frater unà contribuere, & pro dimidia parte præſtare teneatur? Putarim ex verbis defuncti controverſiam hanc dirimendam & deciſionem petendam eſſe: Aut ergò ſimpliciter Titius Mævio voluit dari 100. vel generaliter ſub appellatione hæredis ſcripſit, hunc in modum: *Qvisqvis mihi hæres erit ſolvat Mævio amico meo 100. legati nomine*; Qvò caſu haud dubiò poſthumus vigore univerſalis loqvutionis, qvæ facit eum diſpoſitioni includi, non minûs, ac filius, jam tunc exiſtens, ad præſtationem pro hæreditariæ parte illorum 100. Imperialium cogi poteſt. Aut verò certam perſonam denominavit & hæredis nomen ſpecificè expreſſit, *e.g. ſi. dixerit teſtator: Filium meum Sempronium rogo &c.* & tunc ille ſolus citra poſthumi contributionem ad exſolutionem legati tenetur. Utut autem hoc ita ſe habeat, ne tamen plus æqvo filius ſic gravetur, ulterius noſtri diſtingvunt inter rem dividuam ſive qvantitatem, qvæ pondere, numero & menſura conſtat, & individuam, qvæ ſectionem & diſtributionem non admittit, ut eſt libertas mancipiorum, aut prædiorum ſervitus; ibi præſtando dimidiam partem, hîc verò non niſi ſolidi, ſolutione ipſum teneri dicunt, & hoc modo leges conciliant. *Vid. Sichardt ad. L. 1. n. 5. C. h. t. & Reuſner. d. tr. cap. 20. n. 5. & multis ſeqq. item Cujac. ad Papin. lib. 19. quæſt. in l. qvi grav. 11. π. h. t.* (i) vid. *θ. 2. lit. c.* (k) vid. *qvæ ſupr. th. 2.* dicta ſunt. Qvo fit, ut ſicut teſtamentum; ita etiam Codicilli, ad illud pertinentes, & vires exinde accipientes, nativitate poſthumi *l. 1. C. h. t.* hæreditatis repudiatione *l. 3. in fin. ff. eod.* & aliis modis, rumpantur *arg. l. 16. in fin. ff. h. t.* Hoc tamen perpetuum non eſt, ſed certis in caſibus fallit. Qvod ſi enim teſtamentum priùs fuerit ruptum qvàm Codicilli conficerentur, adeòq; ſimul tempore non extiterint, tunc Codicilli valebunt, nec ruptura teſtamenti præcedanea attendetur *d. l. 1. in fin. C. h. t. ubi poſt ruptum teſtamentum teſtator judicium ſuum prævium literis confirmaverat. Add. l. ſi ita 38. ff. de condit. & demonſtr. Donell. d. lib. 7. comm. 9. ricc. med.* Adhæc qvando legitimi ab inteſtato venientes hæredes

gra-

Digitized by Google

gravati ſunt in Codicillis, ſimiliter valent, utut teſtamentum ad effectum non perducatur, *arg. l.29.& l.14.C, de fideic. Bart. in l.ex hac.ſcriptura 16.ff.de donat. Vid. Reuſncras cap.21.per tot.*

Et hæc ſunt, qve de materia Codicillorum, utiliſſimâ pariter & in praxi freqventiſſimâ, in medium proferre volui. DEO Trinui, ad cujus nominis gloriam ſtudia noſtra unicè referuntur, ſit laus, honor & gloria in ſempiterna ſecula.

COROLLARIUM.

Dixi *§.2.lit.C.C.& alibi;* Codicillos eſſe partem teſtamenti: Ex qvo dubitari poteſt: An approbato teſtamento, [etiam Codicilli, poſt teſtamentum facti, in qvibus in favorem] approbantis reperitur qvid detractum, etiam approbati cenſeantur. Caſus ita formari poteſt: Sempronins teſtator, plures habens liberos teſtamentum fecit, in qvo natu maximum filium præ cæteris univerſalem hæredem, reliqvos verò particulariter in certis rebus inſtituit, primogenito inſuper prælegati lauti nomine agrum vel domum affabre extructam reliqvit, qvod tamen legatum poſtmodum in Codicillis viciſſim diminuit. Reliqvi filii poſt mortem patris elogium ſimiliter ordinârunt, in qvo proteſtati & confeſſi ſunt, ſe teſtamentum paternum ratum omnimodo habituros, nec unqvam illud infirmaturos. Qvæſtio hinc enaſcitur dubitabilis: an illa confeſſio & approbatio facta à filiis ſolum teſtamentum reſpiciat, ut adeò vigore illius legatum citra ullam diminutionem ad primogenitum pertineat, an vero ad Codicillos etiam extendatur? Et breviter diſtingvendum puto: Aut enim filii approbentes teſtamentum ignorârunt adeſſe Codicillos, in qvibus tale qvid diſpoſitum, aut ſciverunt. Priori caſu certum eſt, qvod confeſſio illa nil qvicqvam præjudicet filiis ratione juris ex diminutione legati ipſis competentis, nec ulla ratione

J. N. J.

DISSERTATIO QVINTA.

DE

LIBELLO

vulgò

Clage oder Claglibell.

Autore

CHRISTIANO NICOLAI,
Advoc. Dreſd.

Pro Gradu

Jehn. Anno 1646.

Σὺν τῷ Θεῷ μεγάλῳ.

DISPUTATIONIS INAUGURALIS,

DE

LIBELLO.

Anteloqvium.

SI in omnibꝰ omninò rebus CLOTHO reverenter habenda: maximè etiam in judiciis perſeqvendis ea erit obſervanda, a) ut lites ſcilicet ſuo

marte

Digitized by Google

marte & ordine curant, & à principio per media qvædam ad ſententiam perveniatur, adteſtantibus Impp. SEVERO & ANTONIO. b) Atqve hoc ipſum non immeritò. Nihil enim in rerum natura eſt, in qvo ordo locum non habeat, teſte ARISTOTELE; imo alibi Oraculum illud Philoſophorum in hæc verba erumpit, ordinationem ex natura; inordinationem verò ejusdem eſſe depravationem. d) Qvam ultimam præprimis â POLITIA exulare voluit inclytus Juſtinianus, e) utpote nil qvicqvam inordinatum ibidem exſtiſtere debere cupiens. Qvare & circa Proceſſum Juris ordinem obſervari juſſit, in tantum, ut ſententia citra eum lata rei vim judicatæ minimè obtineret. f) Is autem ordo notanter nobis juxta alios, præfigitur â Præſtantiſſimo JCtorum PETRO GREGORIO THOLOSANO, g) ut vocatione in jus ſive citatione factâ porrigatur vel proponatur Libellus, recuſatio Judicis, dilationes exceptiones &c. ſeqvantur. Qvis igitur monita & ſummi Philoſophi & Sacratiſſimi Imperatoris & deniq; Clarisſimi JCti floccifaceret? Nemo ſanè ſanus; & multò minus, qvi animum ſuum aliqvando eſt applicaturus ad praxin praxin, ſcientiam illam digeſtivam, uti vocatur ab Excellentiſſimo illo Politico REINKINGIO. h) Nam in ſcholis leges diglutiuntur, in praxi & Palatiis digeruntur. Hinc verùm eſt illud Doctorum effatum, qvod legalis & rationabilis ſubtilitas â praxi non abhorreat, in qva nihil haberi cenſetur, de qvo in lege non caveatur, ut ſecundum BALDUM teſtatur NICOLAUS EUERHARDUS in Topicis. i) Sed qvid multis? Experien-

(a) Petr. Greg. Tholoſ. in prælud. opt. JCti ib. 2. c. 26. & lib. 5. c. 11. (b) in l. 1 &. 3. C de execut. rei jud. (c) lib. 8. Phyſ. c. 1. (d) in Probl. ſect. 19. qu. 38. (e) Nov. 1. c. 1. §. 1. (f) l. 4. C. de ſent. & interloc. (g) d. c. 11. nu. 8. (h) de R.S. & E. lib. 1. clas 2. c. 11. n. 67. (i) in loc. â lege ceſſ.

Digitized by Google

rientia tanqvam optima rerum Magiſtra nobis cottidie ante oculos ponit Rabulas illos forenſes, (ſi forenſes dicere licet, qvos foro ſeveriſſimè prohibuit modernus SERENISSIMUS ELECTOR SAXONIÆ JOH. GEORGIUS, Dominus meus clementiſſimus, k) vivos teſtes, qvàm MANCA ET MUTILA SIT PRAXIS ABSq; THEORIA ET HÆC SINE ILLA. Conjungendæ itaqve ſemper erunt in ſtadio juris, qvo id tandem decurrere feliciter valeamus. Qvæ prædicta omnia cum ita ſint, non abs re facturi videmur, ſi præſentem Libellorum materiam; â QVA ORDINARIUS PROCESSUS UNICE DEPENDET ET IN QVA maxima, ac penè dixerim, omnis IUDICIORUM VIS POSITA EST ATq; COLLOCATA, (l) methodicè in 4. membris & 28 §§. comprehenſam explicaverimus Anteqvam autem rem ipſam agrediamur DIVINUM, ſine qvo ſapere, deſipere eſt, uti cenſet Patrum religioſiſſimus AUGUSTINUS, (m) imploramus auxilium, INDIVIDUÆqve TRINITATIS ſuffragium devotisſimè & qvam calidisſimè invocamus, ut hiſce conatibus noſtris ſit præſens & adjutorium noſtrum.

(k) in ord. proc. Jud. tit. 3.
(l) Hillig. ad Don. Eu. 23. c. 3. lit. E.
(m) in c. 5. med. in pr.

MEMBRUM PRIMUM.

DE

Præmiſſis Libelli, ejusdem Notatione, ſignificatione, definitione & diviſione.

THESIS I.

In Proceſſu, (a) qvi à Dd. FORMALE JUDICII meritò deprædicatur, (b) qvædam præcedunt judicium, (c) qvædam in ipſo fiunt, (d) qvædam deniq; ſeqvuntur. (e) Qvæ præcedunt & præparatoria (f) appellantur vel ſubſtantialia (g) ſunt, vel accidentalia & incidentia. (h)

(a) CUjus primam † Ideam actis Paradiſi Gen. 3. ferunt acceptam; c. 1. c. ſerpens 47. de pœnit. † Elaborationem, Meo & Tuo, uti ſecundum Senec. teſtatur *Durandus in proem. Speculi ſui aur. n. 24. 25.* Definitur autem proceſſus, Ordo † ſive modus procedendi in cognoſcendis decidendisq; cauſis forenſibus § *pen. Inſt de ſatisdat. L. in method, Jur. Civ. part. 5. c. 1. n. 2.* Et eſt vel † Ordinarius, ſolennis atq; plenarius vel † Extraordinarius, minus ſolennis & ſummarius. *Robert. Marant. in Spec. Aur. part. 4. diſt. 9. n 1. & Rosbach. in Prax. Civ. tit. 21. n. 1. & ſeqq.*

(b) Videl. à *Marant.* † *in d. Spec. Aur. part. 2. n. 22. cum ſeqq. & Hillig.* † *in Not. ad Donell. lib. 17. cap. 3. lit. E.* Qvibus qvam proximè accedit *Nob. & Ampl. Dn. Ludvvell.* † *JCtus accuratiſſimus, Profeſſor. Altdorphinus celebratiſſ. Præceptor atq; Patronus meus nunquam non ſanctè venerandus in Proc. Jud. c. 1. circa fin. ubi* ad Judicii materiale † non inconcinnè refert rem controverſam & perſonas illam controvertentes atq; decidentes, nec non actiones & exceptiones in Judicium deductas, Idem *in D. Pand. 21 θ. 6.* Res controverſa † ut plurimum de facto eſt, nonnunqvam etiam de jure † ſed qvatenus illud facto accommodandum venit. Factum † autem varium eſt & incertum,

nec ad certa genera † facile revocari poteſt. *Umm. ad Proceſſ. Judic.*
D. 1. th. 3. Perſonæ vel ſunt Principales, ut Judex Actor & 13
Reus: ſine his enim nullum judicium datur *arg. c. forus 10. verſic. in* 14
omni ext. de V.S. Umm. d. l. 17. vel Acceſſoriæ, † ut Aſſeſſores † qvi conſul- 15.16.
tandi, & Tabelliones † atqve viatores, qvi inſtruendi judicii cauſâ 17.
accedunt. *Vult. lib. 2. J.R. c. 1. n. 45. & ſeqq. adde Umm. d. loc. n. 16.*

(c) De qvibus agunt *verba fin.* † *hujus th. ut & th. ſeq. 2.* 18

(d) Et hæc vel ſubſtantialia † ſunt: ut Litis conteſtatio, 19
Libelli oblati repetitio, ad eundem Reſponſio Probatio, cauſæ
concluſio & Sententia; vel accidentalia, † eaq; præcipua, † ut jura- 20. 21
mentum calumniæ & jusjurandum in litem Prælaudatus *Dn. Ludvvell in D. Pand. 27. th. 1. & ſeqq.*

(e) Ut ſunt Nullitas, † Appellatio Supplicatio (cui de Jure Sax. 22
affinis eſt Leuteratio, † ſive declaratio ſententiæ & Ober- vel Super- 23
leuteratio † *Conſt. Elect. Aug. 19. in part 1. Ord. proc. Jud. moderni Sereniſ-* 24
ſimi Elect. Saxoniæ Joh. Georgii tit. 35. §. **Dieweil aber etc.** *Magnificus Dn*
Benedictus Carpzov. † *JCtorum Saxonic. Phœnix in Diſp. de Jure ac Priv.* 25
Duc. & Elect. Sax. de non appell. c. 3. theſ. 43. 44. & 45. de Jure vero Camera-
li, † Reviſio, † *part. 3. tit. 53* **von Reviſion und Beſichtigung der** 26.27
Acten *Gail 1. obſ. 53. n. 1*) Reſtitutio † in integrum & rei judicatæ † Exe 28.29
cutio.

(f) Qvæ fiunt usq; † ad Litis conteſtationem *Vult. lib. 2. J.R. c. 27.* 30
â qva tunc demum † Judicium incipere de Jure Civ. verius eſt, *per l. 1.* 31
C. de lit. conteſt. & l. amplius iſ ff. rat. rem hab Treutl. vol. D. 12. theſ. 2. lit. A. Fachin. lib. 11. controv. cap. 81. Gail. 1. obſ. 74.

(g) *Dn. Ludvvell* † *d. D. 26. th. 3. adde th. ſeq.* 32

(h) Præparatoriorum † Judicii accidentalia præcipua † ſunt 33
Contumacia, Dilatio, Feriæ Satisdatio, Libelli oblati mutatio & reconventio. *Dn. Ludvvel. d. D. 26. th. 22. & ſeqq.* Qvæ cum nobis prin-
cipaliter, † excepto pen. nihil negotii hic faceſſant, merito miſſa re- 34
linqvimus.

Th. II.

SUBSTANTIALIA (a) ſunt actionis Edi-

tio ſive Libelli oblatio (b) & Citatio; (c) qvæ neceſſariò præſupponunt, Proceſſum per Libellū actionis & meritorum ſtatim, aut per Libellum ſupplicem (d) noſtri Supplicationem vocant) (e) eſſe impetratum.

1. (a) Exinde ſcil. ita dicta, qvoniam ad Judicii conſtitutionem
neceſſitate abſolutâ reqviruntur, & niſi fiant, Judicium nullum † reddatur. *Vult. d. lib. 2. J. R. c. 17.*

(b) Actionis Editio ſive Libelli oblatio† (ſynonyma enim †
2. hæc duo ſunt) hodiè eſt qverela Judici † pro tribunali ſedenti expo-
3. 4. 5 ſita cum narratione controverſiæ, in eum finem, ut ſibi citatio & pro-
6. ceſſus neceſſarii decernantur. Dico, † hodie, qvia jure Veteri acti-
7. onis Editio non Judici fiebat, ſed ipſi Reo, nihilq; aliud† erat, qvam
8. declarato, qvia actione aut ex qva Edicti parte qvis acturus eſſet, ut
nimirum Reus † ſecum deliberare poſſet, contendere vellet an cedere, *Vult. d. c. 26. & 27. & Dn. Ludvvell. in proc. iud. d. c. 6.* Qvæ deſiderii
9. expoſitio † (intelligo namq; proceſſum judicarium novum) alteru-
10. tro horum modorum, qvi mox in hac th. lit. D. ſeqventur; facta cenſetur. *Vult d. c. 27.*
11. (c) De citatione † ejusq; reqviſitis vide *Treutl. d. D. 4. th. 2. lit. D. & ſeqq. Roſbach. in Prax. Civ. tit. 22. usq; ad tit. 28. Umm. D. 5. th. 4. &*
12. *ſeqq. Vult. d. lib. 2. J. R. c. 28. alioſq; Pragmaticos.*

(d) Ut illum Libellum † appellat Vult. d. c. 27. qvoniam abs-
13. qve citationis & proceſſus petitione ipſa actio protinus introducitur;
hunc verò † Libellum citationis (fortè qvod citationem cauſetur) a-
14 15. liorumqve Proceſſum Hinc duæ notandæ † Regulæ: Prior; † ad-
miſſa ſupplicatione & libellus hunc effectum habet, ut citatio & pro-
16. 17. ceſſus decernantur: Poſterior; † Supplicatio †. & libellus litis pendentiam inducunt, & contra Libellantem probant, qvæ in iſtis poſita reperiuntur *VVeſemb in Par. Cod. de prec. Imp. offer. n. 7.* Jure autem
81. Civ. † Supplicatio non aliter litis pendentiam inducit, actiones temporales perpetuat & adhæredes transmittit, qvam ſi ipſi Principi
91. preces oblatæ ſint, isqve ad † eas reſcripſerit: tunc enim pro litis

Con-

† conteſtatione ſunt *l. 1. & 2. C. qvand. libell. Pr. dat. lit. conteſt. fac.* qvam 20.
alias litis pendentiam inducere & actiones omnes perpetuare certum
eſt *l. 15. ff. rat rem hab. & l 30. ff. de Judic.* Secus eſt de Jure Canon. † ubi 21.
indiſtinctè Libellus oblatus & parti per citationem inſinuatus litis
pendentiam inducit *c. 20. extr. de offic & poteſt. Jud. de leg. & clem. 2. ult. tit. ut lit pend. VVeſemb. C. eod. n. 2. Mynſ. cent. 4. obſ. 26.* Et qvoad hoc i-
dem † effectus eſt ſupplicationis et libelli. Verum in eo † diffe-
rentia eſt qvod ſupplicationis* poſt decretam & emiſſam citationē, 22.
nulla amplius habeatur ratio, nec ullus ejus ſuperſit effectus ulterior;
Libellus autem † oblatus, qvoad merita cauſæ, etiam poſt citationem 23.
nihilominus remaneat: Citato enim reo & comparenti, Libellus, 24.
ſi antè cùm citatione oblatus ſit, reproducendus, ejusqve exemplar †
Reo † exhibendum eſt, qvò deliberare ſecum poſſit, contendere 25.
an liti cedere velit. Unde qvoad diverſos effectus † interdum cita- 26
tione prior, interdum poſterior eſt, *Vult. d. c. 27.*

(c) Huc pertinet tit. † *Cod. de prec. Imp. offer. Vide Petr. Frider.* † 27. 28.
lib. 1. de proceſſ. execut. c. 2. ubi rectè tradit differentiam † inter ſupplica- 29
tionem ſive ſupplicem Libellum & Libellum actionis ac meritorum
Adde ordin. † *Camer. part. 1. tit. 22. & Gail. 1. obſ. 16. n. 12.* 30

Th. III.

Proceſſu itaqve impetrato executâ citatione, (a) & citato comparente, (b) LIBELLUS (c) offertur. (d)

(a) Vide *dicta & allegata ad th. praeced.* † *lit. B. C. D.* 1.

(b) Comparere dicitur, † qvi ſe juxta citationis formam 2.
vel pro ſe † aliam legitimam perſonam, ut procuratorem in judicio 3.
ſiſtit. Et regulariter † qvilibet citatus comparere tenetur; qvod ſi 4.
ſi autem non compareat, actor ejus contumaciam accuſare poteſt. 5.
Nam pro contumace † habetur, qvi legitimè vocatus non venit. *Rosbach. in Prax. Civ. tit. 29. & 30. & Specul. de compet. Jud. adit. §. viſo enim 3. Idem tit. de citat. §. 1. in pr.* 6.

(c) Ut autem ad materiam noſtram præſentem propiorem fa-
ciamus acceſſum, ſciendum eſt, Libellum † à Libro, cujus diminuti- 7.
vum eſt, rectius qvam à Libra † in qva ponderatur Juſtitia, ut non- 8.

9. nulli volunt, derivari; Unde chartâ olim † ſ. membranâ conficiebatur, *Specul. de lib. concept.* §.1. & *VVeſemb. in Parat. ff. de Edend.* *n.* 2. &
10. generaliter omnem † ſcripturam ſignificat, uti colligitur ex *l.1. in pr. ff. de tabb. exhib. l.4. §.1. ff. de publ. & vectig. l. 6. C. de præd minor l.14. C. de Ju-*
11. *dic.* Figuratæ † pro materia ſ. re, qvæ eâ continetur ſumitur. Speci-
12. aliter † verò & propriè in Jure Civ. nec non Canon libellus pro Scriptura, (uti qvidem Weſemb. mox cit. loc. vult.) qvæ actionem continet, accipitur *l.3 ff. de Accuſ. auth. offeratur C. de lit. conteſt. & c.1. extr. de libell. oblat. VVeſemb. ad. d. t. ff. de edent. n.2.*

(d) Præſupponimus enim hic Libellum ſupplicem ſ. ſuppli-
13. cationem pro proceſſu impetrando prius † emiſſam, eiqve libellum
14.15 actionis † minimè adnexum fuiſſe. Si enim hoc ſemel † factum eſt, amplius fieri non debet, ſed ſufficit, (qvò ſcil. effectum Libelli actionis & meritorum habeat,) eum in termino comparitionis reproducere. *Vult. d.c.27. Treutl. d. D.4. th.10. lit. A. & Dn. Carpz. ad Conſt. Elect. Aug. 1. part. 1. defin. 3.* Adde prædicta *in th. anteced. 2. lit.* D. Offerendus
16. itaqve à Reo † principaliter eſt ipſi Judici Ordinario & competenti,
17. † *Specul in lib. 2 de Libell. obl. & in lib. 4. §. reſtat 10. ut & §. nunc. videamus 11. in fin. d. t. Joh. Petr. de Ferrar. in form. Lib. act. real. §. ad evidentiam. n.7.* vel
18. etiam * de legato & * arbitrio, *Rosbach. in prax. Civ. tit. 33. n.10* (non au-
19. tem * arbitratori *Joh. Petr. Ferrar. d. loc. n 10.*) Judicis ſiqvidem offi-
20..21 cium * ſuper petitione imploratur *l.1. C. de edend.* cujus partes * ſunt, ut
21. deſuper rectè formet feratqve ſententiam, qvæ Libello * conformis ſit *Jaſ. in l. vi 22. n. 23 cum ſeq. ff ſi cert. pet. Ferrar. d. loc. n. 8.* nec ſe extra vel
22 * ultra actoris petita extendat *l. ſi 4 ubi Bald. C. de fideicomm. libert.* De-
23 inde etiam offertur Reo ſeu parti * adverſæ *d. l.1. in pr. C. de edend. & auth offeratur C. de Lit. conteſt. VVeſemb. in Par. ff de edend. n. 5.* ad hoc,
24. ut ex Libello * actoris, an cedere liti vel contendere debeat, ſcire poſſit. *Ferrar. d. n 8.* Id, qvod facilè inde Reus deprehendet, ſi actoris
25. * Libellus rem & cauſam contineat *Gloſſ. in d. l.1. verb. ut proinde ff. de e-*
26 *dent.* & ſi contendum putet, ſe informet ac inſtructus ad defendendũ veniat *d. l.1 ibidemq; Gl. in l. n verb. ad agendum & l. edita 3. C. eod. Rosbach. d. t. 33. n. 11. & 12.* ubi tria * obſervanda monet, 1. qvod ſecundum ſtilũ
27. Judiciorum exemplum libelli, authentico * apud acta retento, per
28. judicem reo communicari ſoleat *d. auth. offeratur & auth. Licentiam C.* de

de Epiſc.& Cler.2. qvod de conſvetudine qvorundam locorum * di- 29
ctentur libelli, exceptiones, replicæ & c.&3.qvod cum *Ang.Conſil.114.*
Libellus ſemper * juxta ſtylum Curiæ formandus. De qvibus pro 30.
cul dubio infra dicendi occaſio erit commodior.

Th. IV.

Significatio eſt vel Homonymiæ (a) vel Synonymiæ. (b)

(a) Homonymia igitur diverſa * Libelli genera indicat; Su- 31.
mitur enim I.pro parvo * Libello, **klein Büchlein** / vel Codicillo *l.* 32
*1.in pr. ff de tabb.exhib.c.2. in pr.extr.de ſum.Trinitat.*II. pro pane azimo
* ſeu albo & ſubcineritio *l. indicies 9.C.de Epiſc. and. ibiq; G. lit.* C.In 33.
Sacro * Codice idiomatis German.apud Jerem.*c.37.verſ.ult.* legitur 34.
ein Leiblein oder Läblin Brots / Norici * efferunt **Läble** / qvæ 35.
torta * panis (uti in Latinis Exemplar.in d.verſ.ult.appellatur) erat 6.
* Prophetæ Jeremiæ cibus ſive victus in Carcere qvotidianus. *vide* 7.
*Crell.& Feſſel.in Concord.Bibl.*III. pro * petitione ſive precibus Princi- 8.
pi oblatis *l.1.& 2. C.qvando Libell.Pr.l.52.§. cum qvidam 14. ff. de recept.
qvi arb.* Et hujusmodi Libellos ſupplices offerentes hinc inde a Pa-
tribus * Libellatici vocantur, ut videre eſt in Epiſt. Divi Cypriani 52. 9.
n.39.& in annotat. Jacobi Pamelii *ad d.n.39.* adde & ibi dē notata *ad eūd.
n.39.* Simonis Goulartii ubi varia Libellaticorū genera recēſet.IV.pro 10.
* Scriptura recuſationis *l.apertiſſimi C.de iudic.* V.pro Scriptura * ap- 11.
pellationis *l.1.fin.ff.de appellat.* VI.pro * Scriptura, qvā Judex a qvo dat 12.
appellāti: alias vocātur Apoſtoli *l.unic ff de libell.dimiſſ.* VII. pro Scri-
ptura, qvam Vir * mittit uxori, qvam repudiat, *extr. in proem. Decre* 13.
tal.& c. non ſatis in fin.cauſ.34.q.2. IIX. pro Scriptura * infamatoria 14.
l.unic. C.de famos.libell & cauſ.9.q.1.c.fin. IX.pro literis * commeatus & 15.
evectionis, vulgò **Paßport oder Gleits Brieff.** *vide Lexicographos.* X.
pro Epigrammate, ſecundum Philoſophum *in Rhetoric.teſte Martin.
in Lexic. Philol.in vocab. Libellus.* XI. deniqve pro Libello * con- 16.
ventionali §.*tripli 25.Inſtit de act.*& accuſatorio ſive inſcriptionis *l.3.C.
de his qvi accuſ.non poſſ.* Qvæ ultima ſignificatio inſtituto * noſtro 17.
convenientiſſima eſt, qvæqve in ſeqq.enucleanda venit. His ſuperadde *Spec.lib 4. part.1.de lib.concept.§.qvot autem 3, & Joh.Pet.de ferr.in form.lib.act.real.tit.2.d.§.ad evidentiam n.2.* (b) Sy-

18. (b) Synonimia varias * Libelli appellationes ſuppeditat
19. Vocatur autem in vernaculâ noſtra: * Clage / ut in *Conſt. Elect.*
20. *Aug.2. part.1.*& in † *Ordin.Proc.Judic.tit.5.* Claglibell: In Jure Civili
21 * actio *l.3.C.de edend,& l.unic.C.de lit.conteſt.* petitio *l.ult.C.d.t. de edend.*
22. 23 * intentio *l.2.in fin.pr.ff.de except.*& * conventio *d.§.tripli 25.Inſtit.de act.*
24. Nam etiam * Reconventio in *l:ſi idem 11.§.ſed,& 2.ff.de Juriſdict.* mutua actio, & in *l.pen.C.de Judæ c.cum dilectus 2.extr.de ordin.cognit.& t.t extr de mut.petit.* mutua petitio dicitur, Germanis Gegen-Clag / *Ordin.Cam.*Imp.*p.3. tit.30.* Von der Gegen-Clag. Et hoc ipſum propter rationis * identitatem, quæ nomine tenus ſe exerit. A. Do-
25. ctoribus: ut * Scacciâ *de Judic.cauſ.Civ.c.50.n.25.* * Fundamentum
26 27. Judicii; A (Modeſt.Piſtor.*verò vol.2.conſ.21.n.4.* * Truncus arboris Ju-
28 diciariæ; Sicut enim, ait, truncus regit totam arborem, ita libellus regulat totum proceſſum. A * Zaſio, deniqve qvem allegat *Umm.d.*
29 *D.6.th.11.n.53.appellatur* Libellus, Juriſtarum * Syllogiſmus, & â We-
30 ſemb.*in Par.ff.or de edend.n.3.* Syllogiſmus * Practicus & Judicia-
31. lis. Vide & *Vent.de Valent.in part.litig.lib.2.c.13.n.17.*

Th. V.

Definitur Libellus, qvod ſit verborum conceptio, (a) actoris coram Judice competente contra Reum (b) claram intentionis ſive actionis cauſam, (c) necnon aptam rei narrationem ac convenientem concluſionem in ſe continens. (d)

1. (a) Tralatitium eſt apud Logicorum * fillos, in definiendis
2. rebus ſemper genus * aſſumendum eſſe proximum. Quocirca & nos, ipſorum obſeruationes non planè reſpuentes, id, quod in th. hâc
3 4. poſuimus, adæquatum * & proximum putamus cum *Umm.* *. *in d. D. 6.th.8.n.36.Obrebht.in tract.de concip.& form.lib.c.2. n.1. & ſeq. Hillig.in*
5. *Not.ad Don.En.lib.23.c.4.lit.C.& Dn. Ludvvel.in proc. iudic.c.8.* Diſſ. * *Specul.de libell.concept.§.1. Siehard.add.auth.offeratur.C.de lit. conteſt n.3. Oldend.de formul.lib.pag.(mihi.) 298.& ſeqq.Melch.Kling.ad c.1.n.3.extr de lib*

lib. obl. Joh. Petr. de Ferrar. in form. lib. act. real. d. §. ad evidentiam n. 3.
& 6. Resbach. in Prax. Civ. tit. 33. n. 1. (qvi alias † ab hac noſtra de- 6.
finitione qvoad cætera non longè alienus) *Vult. lib. 2. J. R. c. 29.*
Treutl. vol. 1. D. 4 th. 10. lit. B. & Dd. comm. Libellum per Scripturam
definientes. Hos autem contradicentes, † qvamvis magnæ ſint au- 7.
thoritatis, nihil tamen moramur. Tantum enim abeſt, ut verita-
tem, qvæ una † & ſimplex ſemper, hic celemus, ut potius eam in a- 8.
pertum dicendi campum deducamus. Meritò igitur libellum no-
ſtrum hoc † donamus genere, qvò in ſimul oſtendamus, eum hodiè 9.
† interdum ètiam ſine Scriptura fieri poſſe. Nam licet de Jure † 10. 11.
Canon. fortaſſis concedamus, libellum ſemper in ſcriptis offerri de-
bere propter *text. c. 1. extr. de Libell. obl.* tamen nihil † obſtat, qvò mi- 12.
nus dicamus, Libellum de Jure Civ † etiam absq; ſcriptis edi potuiſ- 13.
ſe per *l. 1. §. 1. ff. de edend.* cujus l. autoritate ipſum Sichard. *d. n. 3.* fa-
teri † oportet, olim qvoq; de Jure Digeſtor. libellum in ſcriptis of- 14.
ferri non neceſſarium, ſed ſatis † fuiſſe, ſi petitio vivâ voce propo- 15.
neretur; qvanqvam de Jure Codicis & † Noviſſimo, i. e. Novella- 16.
rum, Scripturam in libello adeò neceſſariam exiſtimet, ut eâ omiſ-
ſâ litis conteſtationem † & porrò totum proceſſum vitiari conſtan- 17.
ter cum præall. Dd affirmet. Verum Sichard. & reliqvos † diſſen- 18.
tientes Dd. ſat refutant *ſeqq. texx. ut l. fin. C. de edend. Nov. 83. in pr.*
Huc qvoq; non inconcinnè poſſunt referri verba † haud contemnen- 20.
da *Conſtantini Harmenopuli in promptuar. Jur. βιβ. α. τιτ. δ. pag. 39. καὶ δέδωκεν ἐκεῖσε λίβελλον περὶ τῶν αὐτῶν ἀγωγῶν* &c. qvæ ita vertit *Matth.*
† *Martin. in ſuo Lexic. Philolog. in voce Libellus:* & ibi † Libellum pro- 21.
poſuit easdem res complectentem &c. Unde facile conjectare licet,
libellum & de Jure Civ. non † ſemper in ſcriptis fuiſſe oblatum, ſed 22.
nonnunqvam etiam oretenus propoſitum. Nam † ſi hoc omninò 23.
non, vel ſaltem raro factum fuiſſet, procul dubio per voculam † (of- 24.
ferre) vel idem ſignificantem id extuliſſet; Qvamvis *cum Umm. all.*
loc. n. 37. circa fin. ut & Dn. Ludvvell. in Not. ad VVeſemb. Par. for. tit.
de edend. n. 7. non † negemus, freqventius id in ſcriptis contigiſſe. 25.
Sanè de conſvetudine † fori hodierna, *Schneid. ad §. 1. Inſtit. de Act.* 26.
n. 99. Speckhan. cent. 1. q. 63. n. 3. & Hillig. in not. ad Don. En. d. c. 4. lit.
B. qvam Juri ſcripto, † derogare apud omnes in confeſſo eſt, *arg. l. 3.* 27.

S *§. ult.*

28. *§. ult. ff. de teſtib.* & inprimis de Jure Saxon. † generaliter res clara eſt &
29.30. omni caret ſcrupulo, ſiqvidem Libellus † oretenus dictatur † Judi-
31.32. ci, vel ab eo deputato judicii † Notario, cui pari modo † reus re-
ſpondet, *Coler. deciſ.* 111. *per art. 3. in lib. 2.* Landr. In ſpecie verò qvo-
33. ad Jus Saxon. † noviſſimum Electorale hac notatu dignum occur-
34. rit, qvod hodiè, non ut olim arbitrarium amplius, ſed † neceſſari-
35. um ſit litigatoribus jura ſua † vivâ voce, minimè autem mutuis ſcri-
36. ptis, iisq; ex charta in calamum dictatis (qvorum recitatio non †
propriè dicitur ex ore facta) proponere, per expreſſam *Elect. Aug.*
37. *Conſtit. 1. in part. 1. in verb.* † daß vor der Kriegsbefeſtigung von Mun-
de in die Feder verfahren werden ſoll. *Donell. Schneid. Umm. ad loc. &*
38. *Dn. Carpz. ad d. Conſt. 1. defin. 1. & 2.* Cauſa † prædictæ Conſtit. Elect.
39. nulla alia eſt, qvam litium abbreviandarum, & ne † per apices juris
& ſubtilitates Legum domi excogitatas inq; ſcriptis conceptas, li-
40 tes protrahantur & immortales fiant, ſed ut † de ſimplici & plano ex
finiantur adeòq; eò citiùs determinentur. *Andr. Rauchb. part. 1. q.
1. n. 6. cum ſeq. & Matth. Col. part. 1. d. deciſ. 111. n. 4.* Verumenimverò
41. prædicta ſano † ſenſu intelligenda ſunt, nimirum ut non excludant
42. † Actorem in judicio ad Libellum antea in ſcriptis oblatum ſe refe-
43. rentem, illumqve † verbo tenus repetitum velle dictantem, fortè an
44. hac formula: P.P. † Anhengigt ſolcher proteſtation thut er ſeine wider
45. gemelten N. N. angeſtelte und den (inferantur † dies, menſis & anus)
eingegebene Clage mit allen deroſelben Puncten / Clauſuln, qvalitaten,
narration und petition, allermaſſen derſelben verfaſſet / umb geliebter
Kürtze willen von Worten zu Worten anhero wiederholen / und fordert
46 hierauff &c. vel ut † *Dn. Carpz. d. loc. defin. 3. n. 4.* Er wolle ſein über-
gebenes Libell von Wort zu Wort anhero wiederholet haben und der
47 Antwort gewertig ſeyn / ubi ita Libellantem, qvamvis nihil † ampli-
48. us addiderit (videl. qvoad † relat. & repetit.) audiri debere monet.
49.50 Juxta hoc & in illud hic † inqvirere lubet, an nempè partes † præ-
dictæ Sanctioni *Elect. Aug. in d. Conſt. 1.* renunciare poſſint, & ita
51. convenire invicem, ut non † vivâ voce, ſed mutuis ſcriptis in cauſa
judiciali procedatur? Magn. Dn. Carpz. *ad d. Conſt. 1. defin. 5.* ſecun-
52. dum *Hering. de fideiuſſ. c. 17. n. 56.* aliosqve affirmativam † tenet ſen-
tentiam, pronuncians ibiqve præjudicium adferens, illud ipſum

pro-

procedere ſcil. ad exemplum † compromiſſi ſpecialis, qvo partes 53.
nonnunqvam à † modo procedendi generali conſveto recedere ſo- 54.
leant; Accedente præſertim obſervantia † qvotidianâ, de qva etiam 55.
teſtetur *Berlich. part. 1. concluſ. 13. n. 29.* Negativam † verò opinionem 56.
tuentur Dnn. Jenenſes, uti conſtat *ex lib. 2. Deciſ. Arumæi, deciſ. 11. n. 33. & ſeqq.* Nos in bivio qvaſi hic conſtituti, qvæ nobis probabilior videatur, in ipſo † diſcurſu ſumus declaraturi. Minus dubii id 57.
habet in Proceſſu † Ordinario Criminali, ubi id litigatoribus neu- 58.
tiqvam concedendum; ſcil. qvia in Proceſſu Criminali principaliter * publicum commodum verſatur, qvod * privatorum conven- 59.60.
tione immutari neqvit *l. 38. ff. de pact. Dn. Carpz. d. loc. defin. 6.* Qvibus junge etiam, qvæ * ad *th. anteced. 3. lit. D. in pr. prolata ſunt.* 61.

(b) Hic paucis declarandum eſt, qvid ſit * Judex compe- 62.
tens, actor & Reus. Judex * competens igitur ſive congruus, qvi 63.
& ſuus * ſæpè dicitur, (ut in *l. 49. in pr. ff. de Judic. l. penult. C. de Juriſd.* 64.
omn. Judic.) eſt, ad qvem * cognitio pertinet, i. e. qvi habet Juris- 65.
dictionem & ejus exercitium vel ſuper res in litem deductas, vel ſuper * perſonam rei *d. l. pen. l. 2. ff. ſi qvis in jus voc. & l. 28. ff. de re Jud.* 66.
qvemadmodum etiam * Tribunal competens vocatur, apud qvod 67.
jus fuit eâ de re cognoſci *l. ſed & hæ 35. §. 2 ff. de Procurat.* Actor * in 68.
jure deprædicatur is, qvi alteri controverſiam in Judicio movet, ſeu * qvi litem intendit *l. 1. pr. & §. 1 ff. de edend. & l. 19. ff. de probat.* In * 69.70.
ſimplici ſcil. Judicio. In duplicibus * autem Judiciis, puta familiæ 71.
herciſcundæ, communi dividundo & fin. regundor. Actor intelligitur, qvi prior ad Judicem provocavit *l. 13. ff. de Judic.* Qvod ſi
fortè ambo * ſimul provocaverint, ſorte res dirimenda eſt *l. 14. ff. de* 72.
Judic. Reus deniq; eſt, qvi in Judicio convenitur *c. forum. 10. extr. de V. S.* Rei autem * vocabulum à re in judicium deducta deſumptum, 73.
vel * latè accipitur, & utrumqve litigantem complectitur, adteſtan- 74.
te *Cicer. 2. de orat.* Cui ſignificationi * affinis eſt illa, qvâ duos reos 75.
debendi & qromittendi dicimus *Inſt. de duob. reis ſtip. & promit.* vel
* ſtrictè, pro eo, qvem in Judicio convenimus, & dare vel facere 76.
aliqvid intendimus *Dn. Ludvvell. in proc. ind. c. 3.* Cæterum repete
etiam *dicta * & alleg. poſt pr. d. th. 3. lit. D.* 77.

(c) *argl. * fin. C. de edend. & c. fin. extr. de libell. oblat.* 78

(d) Horum explicationem non immeritò rejicimus ad ſub-
97 ſeqvens * *membr. 2.* qvoniam ibi hæc omnia ex aſſe enucleanda ve-
niunt.

Th. VI.

Diviſio Libelli deſumitur 1. â Materia (a) 2. â forma accidentali, (b) 3. ab adjunctis, (c) & 4. deniq; â fine. (d)

1. (a) Qva in * Civilem, *l. 1. §. 1. ff. de edend. d. auth. offeratur C.
de lit. con eſt. Nov. 53. c. 3. & Criminalem diſtingvitur *l. 3. pr. & §. 1. ff.*
2. *de accuſ. l. 17. C. eod. l. 3. C. de his qvi acc. non poſſ.* Ille * vulgò Libellus
reclamationis *c. extr. de lib. obl.* vocatur, item poſtulationis, ſi *Kling.*
3. *ad d. c. 1. n. 16.* credendum: Hic * verò accuſationis ſive inſcriptionis
nuncupatur *d. l. 3. in pr. & §. 1. & d. l. 17. Obrecht. in tr. de concip. & form.*
4. *lib. c. 2. n. 10. & 12.* Ne etiam hic intactam relinqvamus eorum * de-
5. ſcriptionem, ſcire eſt, qvod criminalis * Libellus ſit is, qvi offertur
vel profertur in Judicio, qvod ad pœnam corporis inflictivam, aut
6. pecuniariam fiſco applicandam intenditur: Civilis * verò qvi offer-
tur vel profertur in eo judicio, in qvo ad privatum commodum agi-
7. tur, ſive * propter delictum admiſſum, ſive propter aliam cauſam.
Obrecht. d. c. n. 13. adde Umm. D. 1. §. 2. n. 8.
8. (b) Intuitu cujus diſpertitur * inſcriptum & non ſcriptum;
9. Qvorum qvilibet vel * articulatus vel ſimplex eſt. principalem
10. * diviſionem qvod ſpectat, notanter dicimus, illam ſatis firmum
obtinere robur ex *d. l. 1. §. ibi: Libello complecti & dare, vel dictare ff. de
edend. & Nov. 53. c. 3. Obrecht. d. c. 2. n. 7.* Idqve eo magis, cum actio
11. * modo per ſcripturam, modo vivâ voce edatur & ita pro actione
libellus *μετωνυμικῶς* Dd. dicatur *Umm. d. D. 6. th. 8. n. 37.* Qvinam
12. autem ſit * Libellus ſcriptus, qvinam non ſcriptus, tùm ex præced.
cùm etiam ex ipſis his verbis affatim conſtare putamus. pergimus
13. 14. igitur ſtatim ad * ſubdiviſionem cum Dd. perhibentes, * Articula-
tum libellum eſſe, qvando merita cauſæ per articulos diſtincta &
15. formata proponuntur: * Simplicem verò ſive continuum, ubi con-
tinuâ ſerie ſive oratione absq; articulorum deſignatione actoris in-
tentio

tentio continetur *Vult. lib. 2. J. R. c. 29. Umm. d. th. 8. n. 38. Rosbach. d. tit. 33. n. 2. Dn. Ludvvell. d. c. 8 & Dd. comm.* Qvomodo * hi Libelli 16.
concipiantur, conſule *Oldendorp. de form. Libell. Obrecht. d. tr. c. 15. & 17. Schneid. ad tit. Inſtit. de Act. Rosb. d. t. 33. n. ult. Joach. Schultz. in ſynopſ. Jur. univ. in vol. 3. nec non Teuber. in proceſſ. c. 3. & 4. aliosq;.* Notandum * hic, qvod Elector Aug. piiſſimæ memoriæ in *conſtit. 2.* 17.
part. 1. adeò à foro * Saxon. exulari juſſerit Libellum articulatum, ut 18.
qvamvis pars rea contra ipſum non excipiat, Judex tamen ex officio illum rejicere debeat, *d. conſt. 2. & Ordin. proceſſ. Judic. tit. 5.* von der Clage *Berlich. part. 1. concluſ. 12. n. 3. Treutl. d. th. 10. lit. B.* Ex qvo concludit Dn. * Carpzov. *ad d. Conſt. 2. def. 1. n. 6.* qvod Libellus arti- 19.
culatus ipſo jure nullus, adeòqve reus exceptionem de tali libello
opponens, * qvandocunqve non tantùm antè, ſed etiam poſt litem 20.
conteſtatam audiendus ſit *c. cum dilecti 3. extr. de empt. vend. l. cætera 4. §. 1. ff. famil. herisc. adde Moller. ad d. Conſt. 1. n. 3. & 7.* qvi in * cri- 21.
minalibus uſu invaluiſſe refert, qvod, ſi fortè accuſator probationem ſibi per torturam Rei faciendam reſervaverit, Indicia Libello articulatim ſubnectere liceat, qvibus non minus, qvam ipſis libelli
narratis Reus reſpondere teneatur. Contrariam * jam dictæ ordi- 22.
nationi Saxon. obſervantiam tenet * Camera cum aliis paſſim 23.
* Curiis, ubi uterq; tam ſimplex qvàm articulatus admittitur Cammer-Gerichts-Ordnung *p. 3. tit. 12. §.* zum andern *Umm. d. th. 8. n. 38. & juxta eum Dn. Ludvvell. d. c. 8.* 24.

(c) Qvorum occaſione in * certum, qvi & ſpecialis appella- 25.
tur, & * conditionatum aut alternativum abit. Prior * eſt, qvan- 26. 27
do certum & ſpeciale qvid proponitur, e. gr. peto pronunciari, hunc fundum Cornelianum meum eſſe: vel peto pronunciari, hunc
librum, Corpus Juris, meum eſſe; Poſterior * verò, qvando vel 28.
hoc vel ilud petitur, e. gr. peto venditionem nullam pronunciari officio Judicis, vel reſcindi per beneficium reſtitutionis in integrum. *Gregor. in c. conſtitutus 9. extr. de in integr. reſtit. Specul. de libell. concept. §. ult.* Qvos tamen ulterius perſtringere lubens hic ſuperſedeo, cum
infra * in membro *4. §. ult. th. 25.* de iis differendi campus ſeſe offe- 29.
rat latiſſimus.

(d) Cujus reſpectu libellus diſpeſcitur in * Conventionalem 30.

ſ. tripli 25. Inſtit. de act. l. ult. C. de ann. except. Nov. 53. c. 3. in pr. qvo ex parte actoris conventio contra reum priori loco inſtituitur, deciditur & agitur: &
31. * Reconventialem *t. t. extr. de mut. petit. ibiq; Dd.* in qvo mutua petitio ex adverſo per reum contra actorem inſtituitur.
32. 33. Et * uterqve vel Principalis eſt vel Appellationis; * Ille cauſam
34. Principalem coram Judice primæ inſtantiæ complectitur: * hic cauſam appellationis ſecundæ videl. inſtantiæ coram Judice ad qvem. *Marant. part. 4. diſtinct. 6. n. 1. & diſt. 9. n. 1. Roſb. d. t. 33. n. 3. & 4.* Et
35. hæc diviſio vim & efficaciam ſuam habet ex * aſſiſtentia Legis & Prætoris. Ubi enim legitima conventio, Reconventio vel Appellatio, ibi præcedat, neceſſe eſt vel Lex vel Edictum Prætoris, quæ iis qvaſi animam inflare & eſſe dare ſolent.

MEMBRUM SECUNDUM.

DE

Cauſa efficiente, Materia & Forma, eaq; vel ſubſtantiali vel accidentali.

Th. VII.

Cauſa efficiens eſt vel remota vel propinqva; Illa eſt Jus ſive in ſpecie Lex: (a) hæc, voluntas litigantis ſive actoris (b) rem (c) & intereſſe (d) ſuum petentis.

1. (a) Qvæ libellum * offerri diſponit, *auth. offeratur C. de lit. conteſt. VVeſemb. in Par. ff. de edend. n. 5.* Cui autem vel qvibus, vide *th. anteced. 3. lit. D.*

2. (b) Litigare * & edere libellum hic regulariter poſſunt omnes, qvi Judicium ſive ſuo ſive alieno nomine ſuſcipiunt *l. 1. in pr. & §. 1. ff. de edend. Obrecht. de concip. & form. libell. c. 3. n. 1. & ſeqq.* An
3. * itaq; ipſe principalis Reo actionem edere præciſè teneatur, qværitur?
4. Nos * negantium caſtra ſeqvimur cum *Umm. d. D. 6. th. 9. n. 40.* Sufficit enim; ſi ipſius nomine legitimus Procurator actionem edat

edat

edat *arg. l. 6. & tot. tit. ff. de Procurat.* Deinde * hic in qvæſtionem venit, qvibus ſumptibus libellus edendus ſit? Ubi poſthabitis variis variorum opinionibus juxta *Umm. all. loc. n. 42.* hanc controverſiam malumus ſic componere, diſtingvendo * videlic. inter reum temerè judicium ſuſcipientem, & reum juſtè actori litiganti contradicentem; Et illum, * non hunc ſumptus in libelli confectionem expoſitos refundere teneri arbitramur: Dixi * etiam, regulariter. Nam qvidam judicio intereſſe prohibentur, iiq; * vel in totum vel certo modo. In * totum vel naturâ vel Lege * Naturâ Impuberes, mente capti, furioſi, muti & ſurdi; Ratio qvoad * priores tres eſt, qvod ratione vel omninò vel ex parte deſtituti nihil eorum intelligant, qvæ in judicio expedienda occurrunt: qvoad * poſteriores verò duos, qvod vel deſiderium ſuum exprimere vel Judicis adverſariive vocem exaudire neqveant. * Lege à loco Judicii arcentur * minores 25. annis *l. 2. C. qui leg. perſ. ſtand. in jud. §. 2. Inſt. de Cur.* prodigi *l. 1. pr. ff. de Cur. furioſ.* ſervi *l. 32. ff. de R. J.* * banniti ſive excommunicati *c. 12. ext. de Except. & d. c. 8. de ſent. excomm. in 6. Gail. lib. 2. de pac. pub. c. 12. n. 18.* * Magiſtratus majores, (olim ſcil.) non autem * hodiè, qvoniam plerumqve perpetui ſunt, ideòqve & rectè agunt & conveniuntur in judicio, uti colligunt Dd. * *ex l. 34. ff. de reb. cred.* & Illuſtres perſonæ *l. 25. & ſeq. auth. C. de proc. Rosbach. tit. 10. n. 12. & Umm. D. 1. th. 4.* Certò * modo prohibentur Clericus, filius fam. infamis, mulier & perjurus. Qvorum * limitationes, dvas hic ſilentio lubentes prætervehimus, perſpicere licet apud *Umm. & Rosbach. cit. loc. adde Dn. Ludvvell. in D. Pand. 23. theſ. 2. & ſeqq.*

5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21.

(c) i. e. qvamlibet, qvæcunqve in contractum vel qvaſi, in delictum vel qvaſi, & tandem etiam in crimen publicum cadit. 22.

(d) Per * intereſſe hic nihil aliud intelligimus, qvam damnum emergens & lucrum ceſſans, *Trentl. vol. 2. D. 23. th. 4. lit. C.* * qvod mora vel facto alieno in qvacunqve re ſive cauſa contingit, *arg. l. 13. ff. rem rat. hab. l. 2. ff. qvod cert. loc. l. 24. §. 4. ff loc. l. unic. ibi, & hic non ſolum C. de ſentent. qvæ pro eo &c. & l. 11. pr. ff. ad Sc. Trebell. Dn. Ludvvell. D. Pand. 20. th. 32. & Goedd. ad leg. 81. de V. S. n. fin.* 23. 24.

Th. VIII.

Th. VIII.

Materia ſunt omnes cauſæ, (a) de qvibus regulariter (b) judicium conſtituitur, & inter duos pluresve lis eſt. (c)

1. (a) Qvæ ordinario * & plenario proceſſu peraguntur ſive
2. civiles * ſint ſive criminales *l. ult. C. de ann. except. l. 3. ff. de accuſat. l.
16. & 17. C. eod. l. 2. C. de his qvi accuſ. non poſſ. & Nov. 53. c. 3. §. 1. Spe-*
3. *cul. de libell. concept. §. nunc dicendum*, ſive etiam * petitoriæ *l. ſi in rem*
4. *6. ff. de rei vindic.* ſive * poſſeſſoriæ, *Specul. d. loc. n. 2. & §. 2. Inſtit.*
5. *de Interdict. VVeſemb. in Par. ff. de edend. n. 6.* nimirum propter * cau-
ſæ continentiam; Sunt enim hæ cauſæ continentes ad eandem rem
6. competentes: Nam finis * poſſeſſorii eſt principium petitorii *Bald.*
7. *in l. 1. C. uti poſſid. n. 2.* & cognitio * unius, affert aptiorem intelli-
gentiam alterius. *Gl. ad c. 1. extr. de cauſ. poſſeſſ. & i propriet. ibiq; Felin.*
8. *n. 8. Gail. 1. obſ. 11.* Et Dn. * Carpzov. ait: Poſſeſſoria & petitoria Ju-
dicia ſibi invicem adeò correſpondent, ut ubi petitorium ſeu actio
aliqva realis competit, ibi etiam detur interdictum poſſeſſorium, &
vice verſâ, *part. 2. Conſt. 7. defin. 11. n. 11. Bart. in l. ult. ff. qvor. honor.*
9. 10. Obiter * hic meminiſſe oportet, retinendæ poſſeſſorium * duplex
eſſe, unum ordinarium ſive plenarium, alterum extraordinarium
11. ſive ſummarium vel ſummariſſimum. * Ordinarium eſt, in qvo Ju-
ris ordine ſervato proceditur, & principaliter atq; abſolutè de poſ-
ſeſſione partium diſceptatur, & ubi, ſecundum magis communem
12. opinionem, plenæ probationes reqviruntur: * Extraordinarium
13. verò ſive * ſummariſſimum (qvod & momentaneum appellatur) eſt,
in qvo nullo Juris ordine ſervato, maturè & ſummariè proceditur,
14 juxta *text. in Clem. 6. ſæpè de V. S. Gail. 1. obſ. 7* vel ut cum Bald. Dn. *
Carpzov. illud deſcribit: ubi negotium non jure actionis, ſed per of-
ficii Judicis implorationem in Judicium deducitur, ſine ſtrepitu &
figura judicii abſq; libello & litis conteſtatione *d. conſt. 7. defin. 16*
nec plenas ac perfectas probationes deſiderat, ſed leviores & ſemi-
15. plenas recipit *Ord. * Camp. 2. tit. 21. in fin. verſ.* und alsbald darauff
ſummariè ohne einigen gerichtlichen Proceß oder weitleufftige Außfüh-
rung

rung der Sachen &c. *adde Jacob. Menoch. de ret. poſſ. remed. ult. n. 34.*
Gailio *d. in loc. n. 6.* Menochio *cit. loc. n. 46.* aliisqve hoc extraordi-
narium poſſeſſorium † levis ſive modici dicitur præjudicii, cum non 16.
afferat præjudicium irreparabile. Et non de hoc ſed de illo i. e. † 17.
Ordinario poſſeſſorio, qvæ ſuprà dicta, exaudienda ſunt. *adde Ros-
bach. tit. 21. n. 2. 7. & 10.*

(b) Qvippe nihilominus receptum eſt ut libellus † qvando- 18.
qve omitti poſſit, qvemadmodum prolixè docet *Aſin. in Prax. Flor.
§. 4. c. 3. & Spec. in d. §. nunc dicendum.* Idcircò † excipiuntur 1. 19.
† cauſæ ſummariæ: *Clem. ſæpè in verb. libellum non exigat, ibiq. Gl. de V.* 20.
S. in his enim ſufficit qvaliscunqve petitio (de qva vide † *Joh. Petr.* 21.
de Ferrar. in form. lib. act. real. tit. 2. §. qvalis qvalis petitionis n. 1.) etiam
ſine Scriptura apud acta facta, *VVeſemb. in Par. ff. d. t. de edend. n. 6.*
Rosbach. d. tit. 33. n. 16. † 2. Si ex Sententia & transactione agatur *arg.* 22.
l. 3. C. de fruct. lib. & lit. expenſ. 3. † Si agatur de beneficio authoritate 23.
Apoſtolicâ obtinendo *c. cum ſecundum §. ult. ext. de probat.* 4. † Si 24.
Judex proprio motu ex officio procedat *arg. l. 37. pr. ff. ad municip. l.
54. C. de decur* & 5. † Si Judicis officio implorato miſſio in poſſeſſio- 25.
nem petatur *l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei &c. l. 63. ff. de rei vindic. Dn. Ludvv.
in not. ad VVeſemb. Par. ff. d. t. de edend. n. 6.* Addunt Dd. † & alias cau- 26.
ſas, qvarum qvaſdam enumerat *Treutl. vol. 1. D. 4. th. 12. lit. D.* Qvæ
tamen † pleræqve dubiæ ſunt & vix admitti poſſunt, ut demonſtrat 27.
Bach. ad Treutl. d. th. 12. in fin. adde Umm. d. D. 6. th. 10. n. 43.

(c) *VVeſemb.* † *& Spec. ſit. dd. locc.* 28.

Th. IX.

**Forma libelli vel ſubſtantialis eſt vel acci-
dentalis. (a) Subſtantialis conſiſtit (b) in cauſa
ſive medio concludendi, narratione facti & pe-
titione ſeu concluſione. (c)**

(a) *Hilling.* † *ad Don. En. lib. 23. c. 4. lit. D. Schneidvv. ad §. 1.* 1.
*Inſtit. de act. n. 106. Rosbach. d. tit. 33. n. 23. & ſeqq. Umm. d. D. 6. th. 11.
Vult. d. c. 29. Obrecht. d. tr. c. 11. n. 6. cum ſeqq. & Dn. Ludvvell. in proceſſ.
d. c. 8.*

Digitized by Google

(b) Ex hac libelli formæ ſubſtantialis deſcriptione haud dif-
2. ficilè conjectandum, libellum † benè formatum in modum ſyllo-
giſmi Dialectici debere eſſe conceptum. Primo enim loco pona-
3. tur † major propoſitio, cujus vices ſuſtinet cauſa ſive medium con-
4. cludendi, deinde † minor ſive aſſumtio, qvæ hic eſt facti narratio,
5. & deniqve † Concluſio, qvæ eſt apta ex ſuperioribus reſultans peti-
6. tio. Qvemadmodum autem in ſyllogiſmo Dialectico non † ſemper
naturalis ordo ſeruatur, ſed interdum, præſertim apud Rhetores
7. majoris concinnitatis gratiâ minor majori præponitur: ita † hic qvo-
qve non rarò facti narratio præmittitur cauſæ ſive medio conclu-
dendi, prout actori aut ejus advocato viſum fuerit: imò nonnun-
8. 9. qvam & † major ſive medium concludendi planè omittitur & † li-
bellus in formam Enthymematis proponitur, cujusmodi libellos
10. valere paſſim † Curiarum ſtylus oſtendit. *Umm. d. D. 6. th. 11. n. 4. Hillig. ad Don. En. d. lit. D. Treutl. d. D. 4. th. 10. lit. D. ibiq; Bach.* Ve-
11. rùm qvicqvid ſit, nos † cum *Obrecht. d. loc. c. 14.* conſultum ac utile,
& cum *Umm. cit. loc. n. 53. & 54.* rationale eſſe putamus, ſi libellus in-
12. primis † Civilis omnes ſyllogiſmi partes in ſe contineat. Hinc & Dd.
14. † libellum κατ' ἐξοχὴν appellare conſveverunt † Syllogiſmum Juri-
15. ſtarum, necnon Syllogiſmum † Practicum & Judicialem uti dictum
in th. anteced. 4. lit. B. circa fin.
16. (c) Hæc tria libelli ſubſtantialia † ordine nunc ſeqvun-
tur.

Th. X.

Cauſa ſive medium concludendi jus ſeu meritum facti continet. (a)

1. (a) *Vult. d. c. 29.* In hunc † fortaſſis modum: Ob wol jurecht
2. und in Heil. Reichs-Conſtitutionen (poſſunt & hic alia † ſpecialia
Jura addi, ut conſtit. Elect. Statutor. &c.) heilſamlich verſehen &c.
3. Qvod ex † formulis libellorum addiſcendum eſt, qvales ferè omni-
um actionum collegère *Schneid. ad tit. Inſt. de act. Georg. à Rotſchitz in ſuo proceſſ. & Joach. Schultz. in vol. 3. ſynopſ. Jur. univerſ. adde etiam Ten-*
4. *ber. Rosbach. d. t. 33. n. 49. cum. ſeqq. aliosq; Pragmaticos.* Medium †
5. autem ſive cauſa actionis vel remota † eſt vel propinqva. *Zaſ. ad princ. inſtit.*

inſtit. de action. n. 14. In † reali actione propinqva cauſa eſt Dominium, ut in rei vindicatione; vel qvaſi dominium, ut in publiciana; vel deniqve jus in re, ut in confeſſoria aut hypothecaria. Remota eſt contractus vel titulus, ex qvo dominium vel jus in re actori qvæſitum eſt. In * perſonali actione cauſa propinqva eſt obligatio; remota, vel contract9 vel qvaſi, vel delictum vel qvaſi, ex qvo obligatio oritur. Ex his in actione * perſonali non eſt neceſſe cauſam propinqvam libello inſerere, ſed ſufficit remota, contractus videl. & delictum, ex qvo reus ipſi actori debeat. Sed * qvid ſi omiſſâ cauſâ remotâ, propinqva tantum inſerta fuerit? Et certum eſſe ait *Dn. Ludvvell. in d. c. 8.* poſſe reum contra talem libellum, tanqvam generalem & obſcurum excipere. Si tamen * nihil excipiat, libellus etiam non expreſſâ obligationis cauſâ ſubſiſtere videtur. Poteſt namqve * actor in perſecutione cauſam exprimere & generalitatem illam reſtringere, *Schneid. ad d.* §. 1. *Inſtit. de act. n. 114.* In * actione verò reali ſatis eſt, ſi cauſa Proxima exprimatur, dominium ſcil. vel qvaſi, ut jus in re, ex qva actio oriatur, nec reqviritur * de neceſſitate, ut cauſa etiam remota adjungatur. Utilius * tamen eſſe autumo cum *Rosbach. d. tit. 33. n. 28.* ut actor remotam qvoqve cauſam addat, videl. contractum vel titulum, unde cauſam dominii & jus agendi habeat, puta, ſi * qvis dicat, illam rem ad ſe ſpectare jure dominii, qvia ipſi legata ſit: tum enim qvamvis ex cauſâ hâc ſuccumbat, fortaſſis, qvod probare eam neqveat: tamen poteſt nihilominus ex alia * cauſa eandem rem petere, non obſtante rei judicatæ exceptione *l. 11.* §. 2. *ff. de except. rei iudic.* Qvod ſi * autem nullam expreſſerit cauſam, tunc omne jus ſuum in judicium deduxiſſe videtur, ideòq; ſi poſtea expreſſâ cauſâ eandem rem petat, obſtabit ei rei judicatæ exceptio, qvia res niſi * ſemel noſtra eſſe non poteſt *l. 14. §. 2. ff. d. t. Schneidvv. ad d. §. 1. n. 111. Gail. 1. obſ. 16. n. 5. 6. & 7.*

Margin notes: 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18.

Th. XI.

Factum hîc continet aſſumtionem, ſive, ut Rhetores loqvi amant, κρινόμενον, hoc eſt, factum, de qvo controvertitur. Narratio eſt

facti in judicium deducti commoda expo-
ſitio. (a)

1. (a) *Vult. d. c. 29.* Ut autem * commoda hæc ſit facti narra-
2. tio, I. brevis * eſſe debet, nihil ſuperflui continens: melius enim eſt
3. pauca * utiliter effundere, qvam multis inutilibus hominum aures
4. prægravare *l. 2. §. 17. in fin. C. de Vet. Jur. Enucl.* Neceſſaria * tamen
& utilia, qvæ probata actoris intentionem juvare poſſunt, præter-
5. mittenda non ſunt *c. examinata 15. extr. de Judic. Schmidvv. ad d. §. 1.
n. 107. Inſt. de action.* II. dilucida clara atq; perſpicua eſſe debet, ut
reus inde cognoſcere, an ipſi contendendum an verò cedendum: &
Judex videre poſſit, qva de re futura ſit controverſia. Dilucida
6. * igitur erit, ſi ordo rerum ſive rei geſtæ ſedulò obſervetur, & negotiũ
verbis perſpicuis & propriis proponatur *Schneid. d. loc. n. 102. & n.
7. 108.* III. deniqve * veriſimilis ſive probabilis ut ſit, operam navet.
8. Qvod * aſſeqvitur, ſi circumſtantias præcipuas & cauſam actionis
9. contineat: Et ſiqvidem * in perſonam agendum eſt, cautè proce-
det actor, ſi rem, qvam ſibi deberi intendit, diligenter exprimat
qvoad materiam, qvantitatem, colorem &c. *leg. 1. §. 40. ff. depoſ. l. 19.
10. §. 1. ff. de furt.* Idem dicendum de * actione in rem. Nam & tunc
11. res * proprio nomine, ſi qvod habet, nuncupari, aut certè ita de-
ſcribi debet, ut conſtet, de qvo actor ſentiat *l. 6. ff. de Rei vindic.* In
12. 13. * univerſalibus tamen & generalibus Judiciis (differunt * qvippe
hæc duo, *Gail. 1. obſ. 68. n. fin.*) puta, petitione hæreditatis, actione
Tutelæ, negot. geſtor. pro ſocio & ſimilib. ſufficit generalis libelli
petitio absq; ſpecifica rerum deſcriptione *arg. l. 1. ff. ſi pars hered. pet.
14. l. 38. ff. pro ſoc. Gail. d. obſ. 68. n. 1. & ult.* Aliud autem obtinet in * Cri-
minali cauſa, ubi in libello, qvi ſuper admiſſi delicti vindicatione
15. conficitur, præter perſonarum deſignationem etiam * locus & tem-
pus admiſſi criminis neceſſariò exprimi debent, qvod niſi factum
16. fuerit, Libellus * ipſo jure ineptus eſt, etiamſi nihil de eo oppona-
tur *arg. l. 3. in pr. & §. 1. ff. de accuſat. ibiq; Brunn. Gail. 1. obſ. 74. n. 9. &
17. Mynſ. cent. 2. obſ. 32.* qvi tamen ſecundum Socin. * *conſil. 46. n. 13. vol. 1.*
18. hanc ſententiam limitat, procedere nempè, ſi * accuſator intentá-
tam accuſationem per teſtes probet, non etiam ſi per ipſius rei con-
feſſio.

feſſionem. Tunc enim ſuſtineri libellum exiſtimat, etiamſi in eo lo-
cus & tempus expreſſum non fuerit; hora * autem & dies patrati 19.
criminis neceſſariò exprimendus non eſt, niſi * reus id petat *Gail. d.* 20.
obſ. 64. n. 11. *& Mynſ. d. cent. 2. obſ. 40.* Qvæ ſententia cum * ad Rei 21.
defenſionem non parum conducat, recipienda omninò videtur;
qvamvis *Mynſ. cit. loc.* in * Camera contrarium ſervari teſtetur. *Vult.* 22.
d. c. 29. n. 8. & Dn. Ludvvell. d. c. 8. Qvod ſi verò de crimine * Civili- 23.
ter agatur, adhuc locum & tempus exprimendum eſſe Dd. tradunt;
ſi modò tale ſit delictum, ex qvo condemnatum infamia ſeqvatur,
Gail. * *d. obſ. 64. n. 1. & ſeqq.* ubi hujus aſſertionis rationes addit. Si 24.
tamen reus nihil * oppoſuerit, libellum hunc qvoqve ſine loci aut 25.
temporis expreſſione ſubſiſtere docet idem *Gail. d. loc. n. 8. Socin. Conſil. 109. n. 2. & 3.*

Th. XII.

Concluſio deſcribi poteſt, qvod ſit apta ex præmiſſis illata petitio. (a)

(a) Secundum † *Umm. d. th. 11. Vult. d. c. 29. n. 9. & ſeqq. &* 1.
Rosbach. d. tit. 33. n. 31. cum duob. ſeqq. Qvæ † regulariter in qvovis li- 2.
bello neceſſaria eſt; qvia Judex non interponit officium ſuum, niſi
imploratus *l. 4. §. 8. ff. de damn. infect. Umm. d. loc. n. 52.* Proinde † to- 3.
ta vis libelli conſiſtit in concluſione, magis, qvàm in ipſa facti nar-
ratione; unde etiam † dicitur, non tam attendi, qvid narretur, qvam 4.
qvid ex narratis concludatur, adeò, † ut ex apta concluſione, etiamſi 5.
res vel minus commodè narrata ſit, vel cauſa actionis omiſſa, libel-
lus tamen nihilominus ſuſtineatur. *Rosbach. d. tit. 33. n. 31. & 32. Dn.*
Ludvvell. d. c. 8. & Dn. Carpzov. in p. 1. Conſtit. 2. defin. 11. n. 2. Dixi, † 6.
regulariter, concluſionem eſſe neceſſariam, ut innuerem, eſſe † qvoſ- 7.
dam caſus, in qvibus Libellus & ſine concluſione ſubſiſtat, ut I. † ſi 8.
agatur de recuperanda poſſeſſione per vim amiſſa *Jaſon in d. §. 1. In-*
ſtit. de Act. n. 135. † *Diſſ. Gilk. ad l. 3. C. de edend. n. 88.* II. † ſi agatur co- 9. 10.
ram Principe & in ejus præſentia factum narretur † cùm *per text in* 11.
cap. ad petitionem 12. extr. de accuſ. l. amiſſus 38. ff. de minor, † tùm, qvia 12.
præſentia Principis omnem defectum & ſolennitatem ſuppleat *l. 19.*
C. de teſtam. Gilk. add. l. 3. n. 85. Jaſ. in l. 1. n. 21. C. de edend. Angel. ad l.

Digitized by Google

Princeps 31. ff. de Legib. & Felin. ad c. in cauſis 19. extr. de ſent. & re iudic.
13. III. † in cauſis criminalibus, qvia ibi agitur ad vindictam & pœnam
publicam, ubi Judex ex officio ſuo & nemine petente procedere &
14. pœnam infligere poteſt *arg. l. 13. pr. ff. de offic. Præſid.* IV. † in cauſis
15. Eccleſiaſticis *c. ad diſſolvendum extr. de deſponſ. impub.* V. † in cauſis,
qvæ ſine ſtrepitu & figura Judicii definiuntur *Obrecht. d. tr. c. 11. n. 79.*
16. *in fin.* VI. † in Exceptionibus propoſitis, ſi narrationi ſubjiciatur
Clauſula, ſuper qvibus omnibus & ſingulis &c. *Umm. d. th. 11. n. 52.*
17. ubi plures † ejuſmodi caſus enumerat, *adde etiam Rosbach. d. t. 33. & 34.*
Hillig. in Donell. Em. lib. 25. c. 4. lit. D. & Schneid. ad d. §. 1. n. 119. in
18. qvibus ut & ſimilibus ſimplicem, † ſed tamen commodam facti narrationem ſufficere putant.

Th. XIII.

Excuſſam Libelli formam ſubſtantialem excipit nunc ACCIDENTALIS, (a) qvæ conſiſtit in exordio, narrationis coloratione, actionum plurium cumulatione, expenſarum judicialium reſtituendarum petitione, & Clauſularum qvarundam adjectione. (b)

1. (a) Expoſuimus hactenus † pro craſſa ac pingvi noſtra Mi-
2. nerva internam libelli naturam, videl. † ſubſtantialia; proximum
3. eſt, ut & ipſius externam † levi ac ſimplici ſtylo depingamus indo-
4. lem, qvæ uno verbo † accidentalia ſive Libelli acceſſoria à Dd. hinc
inde nominantur; de qvibus mox ſeqventia.
5. (b) Ex commemoratis hiſce accident. qvatuor † recenſentur
6. in hoc membr. 2. Ultimum † verò acceſſorium, qvod eſt de Clauſu-
lis, ſingulare Diſſertationis membrum & qvidem in ordine tertium,
propter prolixitatem meritò conſtituit, uti ex ſubſeqq. apparet.

Th. XIV.

Exordium ambitu ſuo complectatur nomen

men Judicis, (a) actoris (b) Rei (c) & duas, vel ſecundum alios, tres clauſulas in omni Libelli præſamine uſurpari ſolitas. (d)

(a) Hoſtienſis † *in Summ. de Libell. oblat. fol.* (*mihi*) *91. lat. 2.* 1.
qvinqve † alias libelli reqviſita hoc vulgari diſticho comprehenſa 2.
recenſet:

Qvis, qvid, coram qvo, qvo Jure petatur & à qvo,
Rectè compoſitus qvisq; libellus habet.

Qvorum † duo, nimirùm 1. & 4. nolumus hîc, tanqvam cramben 3.
bis coctam, qvæ mors eſſe dicitur, recoqvere; videantur potius *ſſ.*
præcedd. 10. 11. & 12. Reſtat igitur, ut de reliqvis † tribus paululùm 4.
diſpiciamus. Inter qvæ pro dignitate ſe primùm offert † Judex, de 5.
qvo inprimis ſciendum, qvod de † Jure Civ. actor neceſſe habebat 6.
nomen Judicis in Libello exprimere, ut conſtaret, coram qvo alterum conveniſſet, competens ne an incompetens eſſet *l. 5. ff. de Judic.*
Obrecht. d. tr. c. 11. n. 6. cum ſeqq. Exemplum † habemus in Judice pe- 7.
daneo, ubi † olim, neceſſariò facienda fuit nominis expreſſio *arg. l.* 8.
antepen. ff. d. t. Sed hodiè † ſufficit, ſi exprimatur nomen dignitatis 9.
ſeu Jurisdictionis: qvia & hoc modo de ejus perſona reo facilè conſtare poteſt, *l. pen. ff. de reb. dub. Marant. pa. 1.6 de Libell. obl. Speckhan. cent. 1. q. 64. Schneid. add. §. 1. n. 120 Hillig. in Don. En. lib. 23. c. 4. lit. D.*
Umm. d. th. 11. n. 49. Hucqvoqve * refer, qvæ dicta ſunt *in th. præced.* 10.
3. lit. D.

(b) Deinde actoris * etiam nomen exprimendum eſt, ut 11.
conſtet, qvis agat. * Intellige, ſi per Procuratorem agatur, *Bald.* 12.
ad l. 3 C. de edend. Nam ſi ipſe actor in judicio compareat, nomen ejus in Libello omitti poſſe Dd. rectè exiſtimant. Utrum * autem in 13.
prima aut tertia perſona nomen illud exprimatur, nihil intereſt *arg.*
l. 3 ff. de his, quæ in teſtam. del. & l. 3. ff de publ. iudic. Qvin & * imper- 14.
ſonaliter exprimi poteſt: veluti à N. contra N. proponitur, uti ſecundum *Obrecht. d. c. n. 15.* opinatur *Umm. cit. loc.* De qvo tamen
valdè * dubitamus, qvapropter & in medio id relinqvimus. *Hillig.* 15.
ad Don. cit. loc.

(c) Deniq;

16. (c) Deniqve & * rei nomen exprimi debet, ut conſtare poſ-
17. ſit, contra qvem agatur. Qvi ſi certus eſt, diligenter * deſignari de-
18. bet, *l. de uneqvoq; 47. ff. de re iudic.* Ubi contra * plures agitur, refert,
19. utrum ſinguli in ſpecie an univerſè conveniantur. * Si ſinguli in ſpe-
cie, omnium & ſingulorum nomina ſunt exprimenda, adeò, ut ſi
contra fiat, reliqvorum nomina exprimi poſteà neqveant. *Obrecht.*
20 *d. c. 11. n. 19. & 20.* * Si contra plures univerſè agitur, non eſt opus
cunctorum nominum recenſitione, ſed ſufficit, ſi Præfecti nominen-
tur: veluti contra Conſules & Senatum N. propono &c. *Obrecht. d.*
21.22. *loc. n. 21. & 22.* Qvid verò * ſi reus ſit incertus? tunc enim cum * *Hil-
lig. & Umm. all. loc. n. 49.* ſufficere putamus, ſi facti ſpecies commodè
proponatur *arg. l. ſed ſi 11. §. proſcribere 3. ff. de Inſtit. act. Oldendorp. de*
23. *form. libell. pag. (mihi) 292. & ſeq.* Excludimus * autem non imme-
ritò in hac th. noſtra denominationem actionis, dicendo, ipſius no-
men ſpecialiter vel ſingulatim neceſſariò non eſſe exprimendum, vel
24. non debere exprimi, * tàm de Jure Civil. propter *Gloſſ. in l. 1. §. 1.*
25. *voc. edere. ff. de edend. ibiq; Bart. n. 18. Giphan. ad l. 3. C. eod.* Jure * Ca-
26. non. *c. dilecti 6. ibi: ſed ſimpliciter &c. extr. de judic.* qvàm * etiam de
More & ſtylo Curiarum teſte *Gloſſ. in Nov. 53 c. 3. voce libellum*: Siqvi-
dem ex cauſa petendi & medio concludendi qvalitas intentatæ a-
ctionis facilè colligi & demonſtrari poteſt, uti ſecundum *Gail. 1. obſ.*
27. *61. n. 9. & alios* ſtatuit * *Magnificus Dn. Ordinarius, Dn. Eraſmus Un-
gepaur, Præſes huius Diſp. Inaugur. exoptatiſſimus, Præceptor atq; Patro-
nus meus ſempiternâ grati animi memoriâ mihi deveneranduus in Exerc.*
28. *Juſtin. pen. q. 6.* Qvam opinionem ſibi etiam qvaſi propriam fecit *
*Ampliſſimus Dn. Ludvvell. in Not. ad VVeſemb. Par. ff. de edend. n. 7.
Adde Bach. ad Treutl. vol. 1. D. 4. th. 10. lit. Circa fin. Umm. d. D. 6. th.
11. n. 51. in fin. & Dn. Carpzov. in p. 1. Conſt. 2. defin. 13. & 14.*

29. (d) *Vult. lib. 2. J. R. c. 29.* * duas, *Umm. verò cit. loc. th. 12. n. 55.*
30. * tres libelli præfationi clauſulas inſerendas eſſe arbitrantur, de qva-
rum tamen natura & valore agere, non eſt hujus loci, ſed membri
ſubſeq. 3. in qvo fuſiùs de clauſulis tractaturi ſumus, Contra * *Vult.*
31. *d. loc.* hîc notandum venit, qvod minimè * in exordio Libelli juxta
32. præcedd. etiam neceſſaria ſit imploratio officii Judicis ad compel-
lendum I, Reum litem conteſtari & II. ad libellum oblatum reſpon-
dere-

Digitized by Google

dere. † Prius enim qvod attinet, in recenti adhuc memoria teneo 33.
effatum † *Magnifici, Nobilis, & Ampliſſimi Viri, Dn. Rudolphi Wilhelmi Krauſ. JCti Eximii, Aulæ Vinarienſis Conſiliarii Saxonici graviſſimi, Profeſſoris Publ. celeberrimi Curiæ Provinc. Scabinatus & Facultatis Juridicæ Aſſeſſoris digniſſimi, Præceptoris atq; Patroni mei ſummâ animi obſervantiâ jugiter proſeqvendi in Collegio ſuo Practico, ſuperiori anno inſtituto, & ad finem paucis intercurrentibus hebdomatibus feliciter perducto*, obiter prolatum, ubi † pro cautela Reo obſervandum docuit, ut non illicò in Exceptione ſive reſponſione litem conteſtetur, ſed id deinceps in † ſecunda poſitione, im andern Satz / & qvidem in ſpecie † in ſua duplica faciat, inſtanter priùs ab actore in Replica poſtulatâ litis conteſtatione. Poſterius † qvod ſpectat, ſcire eſt, illud ipſum in concluſione demum cum aliis petitionibus fieri debere, ut conſtat tàm ex formula libelli in calamum dictata prælaudati Magn. Ampliſſimi Viri, qvam etiam † aliis aliorum Pragmaticorum. 34. 35. 36. 37. 38. 39.

Th. XV.

Narrationis coloratio eſt rerum principaliter in controverſiam deductarum confirmatio. (a)

(a) Qvæ tamen ſalvo libello † & abeſſe & adeſſe poteſt, modò † aliàs narratio cōmoda ſit, & apta ſecundum propoſitam actionem concluſio ſeqvatur. *Vult. d. c. 29.* 1. 2.

Th. XVI.

Seqvitur actionum cumulatio, qvæ eſt actionis unius cum alia adverſus eundem in eodem libello conjunctio & copulatio. (a)

(a) *Rosbach.* † *in Prax. Civ. tit. 34. n. 1. Vult. d. c. 29. & Zaſ. ad §. ſi minus 34. n. 12. Inſtit. de Act.* Atqve ordo † noſter hic efflagitat, ut etiam nolentes volentes materiam de actionum conjunctione & cumulatione, qvam ex *Hotom. Hilliger.* † *in Donell. Enucl. lib. 21. c. 3. in Not. lit. A. pag. 716.* multiplicem & confragoſam appellitat, primis qvod 1. 2. 3.

 ajunt,

Digitized by Google

ajunt, labris qvaſi deguſtemus attingamusqve. Ex ipſa itaqve th.
4. noſtra luculenter patet, differre † hanc actionum cumulationem ab
5. earundem concurſu. Actionum enim concurſus † ex jure eſt, cu-
6. mulatio † hæc ex facto hominis *arg. l. 76. §. pen. ff. de Legat. 2. Dn.*
7. *Ludvvell. d. c. 8.* Concurſus † eſt plurium actionum competentia, vel, uti ſecundm *Obrecht: in d. tr. de form. libell. cap. 21. n. 5.* latiùs per-
8. ſtringit *Magnif.* † *Dn. Frantzkius Illuſtriſſimi Ducis Saxon.* ERNESTI *Cancellarius eminentiſſimus in Exerc. 14. q. 1.* Concurſus actionum nihil aliud eſt, qvàm cum duæ pluresve actiones ejuſdem rei nomine ex una cauſa vel pluribus, vel uno facto ſeu pluribus deſcendunt, &
9. una adverſus eundem competunt. Cumulatio † autem dicitur plurium actionum competentium in uno eodemqve libello coacervatio
10. ſeu coadunatio. *Jaſon. in §. ſi minus 34. Inſtit. de act. n. 12.* eumqve ſecutus præallegatus *Magn. Dn. Frantzk. d. loc. n. 2.* Et in illo † differt â concurſu, qvod in eo non neceſſarium ſit, ut actiones ſimul & ſemel exerceantur, ſed ut omnibus experiri liceat, qvantumvis di-
11. verſo reſpectu. *Ampliſſ. Dn.* † *Fibigius JCtus & Profeſſor Pandectar. Publ. Clariſſimus, Præceptor & Patronus meus non ita pridem obſervandus. νῦν ἐν ἁγίοις, & poſt funera etiam ob inſignes virtutes memoriâ nunqvam intermoriturâ mihi venerandus in Vindic. ſuis Magnifici Dn.*
12 *Frantzkii D. ult. q. 1. in pr.* Hinc tum † demum actiones cumulari dicuntur, non ſi plures concurrant, ſed ſi ex pluribus concurrentibus duæ pluresve ſimul in eodem libello proponantur, vel,
13. † ut præfatus *Dn. Fibig. d. loc.* ſi non ſaltem duo diverſa remedia ſimul intentari, verum etiam una ſuper utroqve ſententia fieri qveat, *adde Mindan. lib. 3. de proceſ. c. 10. membr. 1.* qvi hæc duo confundere videtur, *Umm. d. D. 6. th. 14. n. 62.* Hujuſmodi cumula-
14 tio regulariter † permiſſa cenſetur, niſi jure reperiatur prohibita, *arg. l. 11. ff. de Juriſdict. Gail. 1. obſ. 63. n. 1. Myнſ. 1. obſ. 25. circa fin.*
15. *Rosbach. d loc. n. 2. & Vult. d. c. 29. n. 29.* Imò & de † Jure Canon. cumulatio hæc diſertè probatur per t. t. extr. *de cauſ. poſ. & propr.*
16. Nec deniqve cumulatio actionum abhorret â Jure † Saxon. qvo Creditori contra unum eundemqve debitorem (aliud autem ob-
17. tinet, † ſi plures rei ſive debitores ex diverſis cauſis obligati adſint, *Magn. Dn. Carpz. ad Conſt. 2. in p. 1. defin. 6.* tres actiones vel tria capi-

capita ex diverſis etiam cauſis provenientia (ac † non plura) in 18.
uno Libello proponere licet, *Ordin. Proc. iudic. tit. 5. §.* wir laſſen
auch *verſic* do aber die Clagpuncten *ex diverſis cauſis* herrühren ꝛc.
Ex qvibus verbis â contrario † ſenſu deſumptis pateſcit, ſi actio- 19.
nes ſive capita & puncta ex una eademqve actionis cauſa, iis-
demqve concludendi mediis oriantur, etiam plures qvam tres
actiones in uno eodemqve libello proponere & cumulare poſſe,
accedente inſuper † expreſſâ diſpoſitione moderni Sereniſſimi 20
Elector. Saxon. *in all. Ordin. Proc. Judic. d. t. 5. & d. §.* Wir laſſen
auch etc. *in pr.* Idqve eò magis procedit in † concurſu Credi- 21.
torum, ubi tot capita, qvot inveniuntur, uno libello ac peti-
tione licitè comprehendi poterunt, *Ordin. Proc. Jud. d. loc. verſic.*
Doch wollen wir hierunter etc. *Conſule Nagn. Dn. Carpzov. ad Conſt.
Elect. 2. in p. 1. defin. 4. & 5.* Ad Jus Civ. jam iterum regredimur,
indicantes, qvomodo ejuſdem proviſione cumulatio illa actio-
num prohibita ſit. Prohibetur * igitur ea tribus potiſſimùm 22.
modis, I. * ſi actiones illæ ad idem tendant. Neqve enim 23.
ideò circa ejuſmodi rei perſecutionem plures actiones proditæ
ſunt, ut omnibus iis utamur, ſed ut unam ſeligamus, qvâ debi- 24
tum conſeqvi velimus, *d. l. 76. §. 8. ff de Leg. 2.* v. gr. * Legatarii
pro legato conſeqvendo habent tres actiones, videl. actionem
perſonalem ex teſtamento, rei vindicationem & hypothecariam 25.
§. ſed olim 2. verſ. noſtra autem, Inſtit. de Legat. Verùm * cum
omnes ad idem tendant, cumulari in uno libello neqveunt *d. l.
76. §. 8. Zaſ. ad §. ſi minus 34. Inſtit. de action. & Schneid. ad d. §. n. 19.*
II. * Si invicem ſint præjudiciales, ita ut abſolutoria ſententia 26.
in una actione exceptionem pariat rei judicatæ in altera; v. gr.
* cumulari neqveunt Rei vindicatio cum actione confeſſoria, 27.
qvia ſententia abſolutoria in Rei vindicatione parit exceptio-
nem rei judicatæ in confeſſoria. Qvando enim conſtat, acto-
rem fundi petiti dominum eſſe, fruſtrà huic fundo ſervitutem
deberi aſſerit *l. 16. ff. de except.* Sic * nec ſimul proponi poteſt 28.
Rei vindicatio cum actione communi dividundo *l. 18. ff. d. t.* Item
* querela inofficioſi cum petitione hæreditatis; qvoniam, ſi fi- 29.
lius ſe injuſtè exhæredatum eſſe probare non potuerit, ideoqve

ſcriptus hæres abſolutus fuerit, hæc ſententia abſolutoria parit exceptionem rei judicatæ in petitione hæreditatis. *Zaſ. ad d. §. ſi*
30 *minus 34.* * ubi plura exempla adjicit, & hanc ipſam ſecundam
31. noſtram prohibitionem * limitat 4. modis, qvos ibi videre licet, qvosqve hîc libenter adderemus, niſi periculum eſſet, ut libellus noſter in librum ſive volumen his & ſimilibus limitatio-
32. nibus excreſceret. III. deniqve, * ſi actiones ſint ſibi invicem
33. contrariæ & repugnantes. Contraria * qvippe allegans non
34 auditur *c. ſollicitudini extr. de appellat.* & uno * contrariorum poſi-
35. to, removetur alterum, inqvit *Zaſ. d. loc. n. 13.* Exemplum eſt * in *l. 1. C. de furt.* ubi ſervus meus mandavit Titio, ut ex pecunia mea emeret prædium me nolente & invito, isqve Titius emit. Hic
36. duas * habeo actiones adverſus Titium, actionem ſcil. mandati, ſi contractum ratum habuero, & actionem furti, qvia dum ſciens pecuniam meam à ſervo meo accepit, furtum commiſiſſe intelligitur. Idcircò cum hæ actiones contrariæ ſint (contrari-
37. um enim eſt, * directò comprobare contractum & non com-
38. probare) cumulari ſimul non poſſunt per *d. l. 1.* Aliud * exempl. ſe offert *in l. fin. pr. C. de Codicill.* qvod ibidem perluſtra. Zaſius
39 * tamen d. loc. cum poteſtatione vel etiam alternativè contrarias actiones rectè cumulari poſſe præter *Umm. d. th. 14. n. 68.* notat,
40 e. gr. * cum actor incertus eſt, qvænam actio competat *l. 2. §.*
41. *qvia autem ff. qvod legat.* qvemadmodum * & qvis rectè hæreditatem ex teſtamento, ſi qvod extat, vel ab inteſtato petit. *VVeſemb. in Par. ff. n. 8. de petit. hered.* *adde Gail. 1. obſ. 62. n. 4. & ſeqq. Schneid. ad d. §. ſi minus 34. Inſtit. de act. n. 16. & ſeqq. Rotbach. d. tit. 34. n. 4. cum ſeqq. & Mindan. d. c. 10.* Placet huic ex parte aliqva
42 ventilatæ nobiſſimæ materiæ * duas non minùs nobiles qvæſtio-
34 nes annectere; I. eſt, * An actio Civilis cum Criminali ex eâd. cauſa deſcendente in eod. libello cumulari poſſit? Et vulgò
44 * Dd. exiſtimant, cumulationem hanc omninò eſſe prohibi-
45. tam *arg. l. 2. §. 1. ff. de vi bon. raptor.* niſi * fortè principaliter
46 criminalis & incidenter Civilis moveatur: tum enim licitam eſſe volunt cumulationem. *Marent. in Spec. aur. part. 4. diſtinct. 1. n. 28. Scip. Gent. in tr. de concur. act. 6. circa fin. & Clar. §. ſent-*

Digitized by Google

ſent. 5. fin. q. 2. n. 1. E contrario * autem Umm. cui & nos * adſtipu- 47.48
lamur, *d. th. 14. n. 66.* nihil impedire putat, qvo minus in eodem Li-
bello tàm principaliter qvam incidenter moveantur, modò * invi- 49.
cem præjudiciales non ſint *arg. l. 33. C. ad L. Jul. de adult.* qvò etiam
pertinere videntur *d. l. 2. §. nec non, & l. interdum 4. ff. de publ. Judic.*
Hinc * rectè cumulantur actio injuriarum & actio L. Aqviliæ per 50.
text. in l. qvi ſervum 34. ff. de obl. & act. & l. dominium 8. C. de injur. Gail. 1. obſ. 63 n. 9. Mynſ. 1. obſ. 25. Sic * propter fractam pacem ſimul ad pœ- 51.
nam banni & reſtitutionem damni agere licet *Mynſ. 4. obſ 34. & Mindan d. lib 3. de proc. c. 11. membr. 5.* ubi & plures actiones criminales in
uno eodemq; libello cumulari poſſe docet per *c. paſtoralis 5. & ſeq. extr. de cauſ. poſſ. & propr.* II. qværitur, An * etiam in eod. libello poſ- 52.
ſeſſorium cumulari poſſit cum petitorio? Qvod (miſſis Dd. diſtin-
ctionibus inter interdictum retin. recup. & adipiſcendæ poſſeſſ.) * 53.
theoreticæ veritati magis conſentaneum arbitramur per *l. 18. §. 1. ff. de vi & vi arm. l. 12. §. 1. ff. de acqvir. poſſ.* niſi * una ex prohibitoriis re- 54
gulis ſuprà explicatis impedimento ſit, cum * Præcellentiſſimis illis 55.
Germaniæ JCtis, *Magnifico Dn Ordinario, Dn. Præſide, in Exerc. Juſt in. ult. q. 1. & Ampliſſ. Dn. Ludvvell. in Exerc. ſimiliter Juſt. pen. th. 5. circa fin. & in proceſſ. d. c. 8. Præceptoribus atq; Patronis meis in omne caſtrinum ſuſpiciendis. Adde Umm. d. th. 14. n. 67. Fach. 8. controv. 6. Gail. 1. obſ. 63. n. 10. Hottom. Illuſtr. quæſt. 31. & Zaſ. ad d. §. ſi minus 34. n. 20. & 21.*

Th. XVII.

Expenſæ Judiciales peti nominatìm (a) in libello ſolent adjectâ proteſtatione de futuris & adhuc faciendis. (b)

(a) *Perall.* * *auth. infrà in lit. mox ſeq. B. Diſſ.* * *Vult. lib. 2. J. R. c. 29. n. 23.* 1.2

(b) Et hanc petitionem non ſolùm utilem, ſed * & neceſſa- 3.
riam eſſe ex *Jaſ.* tradit *Schneid. ad d. §. 1. n. 128. de act.* Qvamvis enim
* regulariter victus victori, quoniam juſtam litigandi cauſam non 4
habuit, in expenſas condemnari debeat, ita, ut ſi Judex hoc neglexerit, ipſe de ſuo eas reſarcire debeat *l. 13. §. 6. & l. 15. C. de judic.* tamen

5. hoc * verum eſt, qvando expenſæ per partem expreſsè petitæ ſunt;
6. Cum Judex * teneatur officium ſuum ad privatam alicujus utilita-
tem impertiri, niſi antea imploratus *l. 4. §. hoc autem 8. ff. de damn.*
7. *infecto ibiq. Bart.* Qvod ſi verò * Judex ſuaptè ſponte velit qvem in
expenſas condemnare, puta, ſi ita ipſi & Aſſeſſoribus æqvum ſortè
8. an videatur, poteſt id qvidem facere, ſed non * præciſè tenetur,
Gail. 1. obſ. 151. n. 20. & 22. Mynſ. cent. 4. obſ. 55. & Rosbabh. in prax. Civ.
9. *tit. 35. n. 22. cum duob. ſeqq.* qvi ita in Camerâ * qvoqve Imper. ob-
ſervari teſtantur.

MEMBRUM TERTIUM.

DE

CLAUSULIS.

Th. XVIII.

Clauſulæ in foro inſeri libello ſolent qvædam poſt Exordium, qvædam poſt facti narrationem, qvædam deniqve poſt concluſionem. (a)

1. (a) *Treutl.* * *d. D. 4. th. ult. Umm. d. th. 12. & Vult. d. c. 29.* Ad
2. formam enim libelli * accidentalem (uti in præced. *th.* 13. dictum)
etiam Clauſulæ pertinent, qvæ ad ſuſtinendum & ſalvandum libel-
3. lum non parum conducunt. Unde Dd. Clauſulas has * ſalutares
4. vocant & herbæ * Bœtonicæ comparant, ideò, qvod omnia libel-
5. lorum vitia ſanare dicantur, & qvarum virtute * Judex non rarò
officium ſuum circa defectum libelli ſupplendum impertiri ſoleat,
Gail. lib. 1. obſ. 61. n. 22. Rosbach. d. tit. 35. n. 1. & Vult. d. c. 29. n. 33.

Th. XIX.

Qvæ poſt Exordium adjiciuntur, communiter duæ ſunt. (a)

1. (a) *Vult.* † *d. c. 29. n. 26. & Umm. d. loc. n. 55.* I. eſt,

qvâ

qvâ ſibi libellans † intacta ſervat omnia Jura ac privilegia inprimis de non aſtringendo ad probandum non neceſſaria, ſed ad ea tantùm, qvæ ſufficiunt ad obtinendam cauſæ victoriam: dieſem nach bedinget er ihme (vel ſi Procurator aut Advocatus) demſelben (oder ſeinem Herrn *Principalen* alle und jede *Beneficia Juris* (indulten) ſo nach allgemeinen ꝛc. (inſerantur Jura in genere) Clägern geſtalten Sachen nach zu gut und ſtatten kommen möchten / Inſonderheit aber mit überflüſſigen Beweiß unbeladen zu ſeyn / de qvibus &c. *Umm. d. th. 12. n. 55. Rosbach. d. t. 35. n 4. Schneid. ad d. §. 1. n. 121 & Magnif. Dn. Krauß. in formula libelli.* Hujus clauſulæ † hunc effectum eſſe volunt, qvod liberet actorem â probatione eorum, qvæ incidenter in libello propoſita ſunt, & merita cauſæ principalis non concernunt, cum actor, niſi clauſulâ hâc ſibi proſpexeit, teneatur ad probationem omnium ac ſingulorum, qvæ in libello propoſuit, ita ut niſi probaverit, cauſâ cadat. *Zaſ. ad pr. Inſtit. de act. n. ult. Schneidw. d. n. 121. Inſtit. eod.* Sed † fortaſſis opinio Baldi, qvam citant *Schneid. & Umm. dd. in locc.* qvod Clauſula hæc nullius † ferè momenti ſit, probabilior eſt, qvoniam aliâs actori nihil amplius probandũ incumbit, qvàm qvod liti inſervit, vel qvæ ipſi liti inſerviant, *auth. in iſto C. de Jurejur. propt. Calumn. l. 21. C. de probat. & l. 21. C. de probat. & l. 21. C. de probat. & l. 15. verſ. neq; enim inanibus &c. C. de reſcind. vendit.* & proteſtatio † ſuper his, qvæ non conſiſtunt in poteſtate hominis, ſed â Lege dependent, nihil prodeſt, uti juxta *Bart. in l. non ſolum §. morte 32. ff. de oper. nov. nunciat. Jacob Menoch. de præſumpt. lib. 1. q. 97. n. 26.* docet. *Diſſ. Rosbach. d. loc. n. 6. & ſeqq.* In Judiciis † Saxon. ſubnecti prædictæ Clauſulæ ſolet illa, qvâ actor † ſibi reſervat arbitrium deſiſtendi â probatione, ſi qvæ injungetur, reiqve jurijurando litem ejusve partem comittendi: Daß Cläger ihme auch vorbehalten haben wolle / wo ihme einige Beweiſ-

2 3 4 5 6 7 8

ſung

ſung von nöthen oder rechtlichen zuerkandt würde/ von der gantzen Clage/ oder zum Theil abzuſtehen/und dieſelbe Beclagten in ſein Gewiſſen/Wiſſenſchafft und Wolbewuſt zu ſchieben: de qva vide *artic. 6. lib. 1. art. 22. lib. 2. art. 9. lib. 3. ibiq. Gloſſ.* & *Ordin. Proceſſ. Judic. tit. 18. 19.* & *20. Schneidw. ad d.* § *1. Inſtit. de act. n. 121.* & *Hillig. ad Don. En. lib. 23. c. 4. lit*
9. *D.* II. eſt † qvod libellus non in forma ſolennis libelli,ſed qvaliscunqve petitionis & narrationis facti conceptus ſit: Nicht zwar in Form eines herrlichen und zierlichen *Libells*, ſondern nur ſchlechter Geſchichts Erzehlungs Weiſe etc. *Umm. d. n. 55. Vult. d. loc.* & *Magnif. Dn. Krauſſ. all. loc.* Clauſulæ huic
10. hunc † effectum tribuunt, qvo ſolennem proceſſum tollat, ita, ut de plano absqve Ordinario proceſſu cauſam agere li-
11. ceat: Sed verius † eſt, & hanc Clauſulam nihil operari in libellis. Abſurdum enim eſt, eſſe in poteſtate libellantis ex ordinario proceſſu facere extraordinarium, *Umm. d. loc.* His
12. duabus qvidam etiam hanc † adjicere ſolent, qvâ proteſtantur, ſe nihil convitii & injuriæ cauſâ, ſed omnia ſecundum
13. jus & veritatem dicturos. Cujus eam † vim & effectum eſſe
14. exiſtimant, qvod à Calumniæ vitio liberet. Verùm vero † ſimiliter eſt ſententia *Obrecht. d. tr. c. 16. n. 9.* & ejuſmodi proteſtationem nihil operari, qvotiescunqve de calumnia conſtet *l. 3. l. 10. C. de injur.* & *c. 1. extr. de præſumpt.* cum proteſtatio facto contraria nihil operari nec poſſit nec debeat. *Umm. d. n. 55. ubi in fin. ex Oldendorp. in tract. libell.* notandum monens, verba † illa: falſum eſt, falſò dicit: qvibus Advocati ſæ-
15. pius utuntur, injuriam ſecum trahere nullam.

Th. XX.

Facti narrationi qvoqve duæ adjici ſolent Clauſulæ. (a)

1. (a) *Umm. d. loc. n. 56.* I. eſt, ſe pluries † reum de reſtitu-

ſtitutione amicè compellaſſe, at præter ſpem nihil obtinuiſſe: auch ungeachtet Beklagter von Klägern in der Güte vielfältig erſuchet worden / ihme gedachtes Gut wieder zu *reſtituiren* und abzutreten / hat doch etc. *Rosbach. d. tit. 35. n. 17. Umm. all. loc. Schneidw. ad d. §. 1. n. 121 cum ſeq. & Magnif. Dn. Krauſſ antea cit.* Qvæ Clauſula hodiè † ſuperflua & non neceſ- 2.
ſaria communiter creditur, qvoniam & Jure Civ. nullâ præcedente denunciatione extrajudiciali qvis in jus vocari poſſit; dies enim interpellat pro homine *l. magnam 12. C. de contrah. & commit. ſtipul. & l. 14. ff. de R. J. Cujac. 16. obſ. 7.* Urbanitatis
† tamen cauſâ adhiberi eam debere teſtatur *Schneidw. ad d. §.* 3.
1. n. 123. arg. l. 13. pr. ibi: volo, cum Hilario loqvaris ff. de S. U.
Effectum ejus † hunc eſſe vulgò Dd. tradunt, qvod ejus bene- 4.
ficio expenſæ judiciales ſerventur. Nam ſi abſqve denunciatione vel commonitione qvis in Jus vocatur, ex peti non poſ-
ſunt, cum excipere reus qveat: Cur † mihi non denunciaſti, 5.
ſponte ſolviſſem. Qvod procedere cum *Umm. d. loc. n. 56.*
putamus, ſi † reus ſtatim poſt exhibitum libellum bonam fi- 6.
dem agnoſcat: tùm † enim eum in expenſas, qvæ in proceſ- 7.
ſum extrahendum, citationem adornandam & libellum componendum factæ ſunt, condemnare omninò iniqvum eſſet.
Aliud eſt, ſi † Judicium ſuſcipiat, & poſtea temerè litigaſſe 8.
convincatur. Et tunc verius eſſe videtur, eum † indiſtinctè 9.
in expenſas condemnandum eſſe, qvamvis etiam actor Clau-
ſulam hanc non inſeruerit. *Umm. cit loc.* II. talis eſt, ſalvo † 10.
jure calculi; vel plus vel minus: prout probabitur; vel ſalvo
Jure ſuperflui. Per hanc † autumant Dd. plus petentem à pœ- 11.
na plus petitionis liberari. *Zaſ. ad d. §. ſi qvis 33. verſ. plus autem Inſtit. de action. n. 2.* Sed & hæc pro † ſupervacua meritò 12.
habetur. Aut enim † per errorem plus petitur: & ipſo Ju- 13.
re actor tutus eſt. Aut † ſcienter: & fieri non poteſt, qvin 14.
proteſtationi factum contrarietur. *Umm. d. n. 56.*

Digitized by Google

Th. XXI.

Concluſioni deniqve Dd. clauſulas qvaſdam, easqve varias inſerunt; ſed nobis hic tantum præcipuas & uſitatiores perſtringere allubeſcit.(a)

1. (a) *Vult.* † *d. c. 29. in fin. Schneid. d. l. loc. n. 126. & ſeqq. Rosbach. d. t. 35. n. 16. & Umm. d. th. 22. n. 57.* In iis autem † ordinandis procul dubio expedit ſeqvamur ordinem,
2. qvem ſæpius laudatus *Magnif. Dn. Krauß. in ſuo Coll. Practic. in*
3. *form. libell.* exhibuit. Exercitum igitur ducit illa, qvâ † petit actor, de Jure pronunciari, decerni ac declarari, ut reus conventus condemnetur ad ſolvendum vel faciendum: Bittet derowegen Cläger im Rechten zu erkennen und außzuſprechen/ daß der Beklagte ihme die obbemelte Summ (addatur qvantum) zu geben ſchuldig etc. (oder) daß obberührtes Gut (inſeratur ejus denominatio) ihme eigenthümlich zuſtändig etc. *Schneidw. d. n. 126. & Magnif. Dn. Krauß d. loc.* Sed de hac
4. Clauſula vide mox *in ſeq.* 3. plura. Seqvitur II. † qvâ petit rem cum fructibus perceptis & percipiendis: item, cum omnibus acceſſoriis unâ cum expenſis litis factis & faciendis: Dahero Beklagter daſſelbe Gut ſampt aller empfangenen Nutzung / wie die Namen haben mag / nebenſt allen zugezogenen Schäden und verurſachten Gerichts-Koſten Clägern widerumb einzureumen und zu erſtatten ſchuldig. *Rosbach. d. t. n. 19. & ſeqq. Schneid. d. loc. n. 128. Magn. Dn. Krauß. all. loc.*
5. Ad primum † hujus Clauſulæ membrum qvod attinet, ſciendum, eam clauſulam ſecundum nonnullos minimè neceſſariam eſſe, ſcil. qvoad fructus, ante litem conteſtatam perceptos, ſiqvidem ea, qvæ ante judicium accidunt, ad judicis officium non pertinent *l. 25. §. 8. in fin. ff. de Ædil. edict. Rosbach.*

bacb. d. loc. n. 21. Verum contra † eleganter diſputat. Gœdd. ad 6.
l. 22. n. 17. & ſeqq. de V. S. & l. 81. ff. eod. ex qvibus texx. elice-
re † poſſumus, Judicem re petita omninò teneri, reum qvoad 7.
fructuum aliarumqve acceſſionum reſtitutionem condemna-
re, Umm. d. n. 57. cum verbum reſtituendi hæc omnia in ſe con-
tineat l. 35. l. 75. & d. l. 81. ff. d. t. Qvam poſteriorem ſenten-
tiam in † Camera qvoq; obtinere tradit Mynſ. 4. obſ. 55. Secun- 8.
dum † membrum qvod ſpectat, id ſatis excuſſum arbitror in 9.
th. anteced. 16. qvò me relatum volo. III. eſt, † qvâ petit actor 10.
reum legitimis remediis compellit Jhn auch Beklagten
durch ordentliche und bequeme Mittel der Rechte darzu an-
zuhalten und zu bringen. Umm. d. n. 57. Schneidw. d. loc. n. 126.
& Magn. Dn. Krauſs. all. loc. Hancq; † Clauſulam citati & alii 11.
Dd. plerumqve tanqvam alterum membrum primæ Clauſulæ
adjungunt, de qva alii † nonnulli, ut Bart. in l. 1. C. de except. 12.
rei jud. & Oldendorp. in tract. libell. pag. (mihi) 306. talem con-
cipiunt ſpem, putantes, eam æqvè eſſe neceſſariam qvoad u-
trumq; membrum ita qvidem, ut ſive prius ſive poſterius o-
mittatur, libellus ſuum effectum habiturus non ſit, Sed † ve- 13.
rius videtur Dn. Ludwell. in proceſſ. d. c. 8. unum ex his ſuffice-
re; ſi enim actor reum condemnari petierit, ſententiam ſu-
am etiam exeqvi tenetur Judex, qvia petitio condemnationis
executionem continet Treutl. d. D. 4. th. ult. lit. C. & qvi vult
† conſeqvens, velle etiam videtur antecedens l. 56. & l. 62. ff. 14
de Procurat. Schneid. d. loc. n. 127. adde Jaſon in §. 1. Inſtit. de
act. n. 139. Tertiam nunc excipit IV. qvâ † petit cauſæ cogni- 15.
tionem omni meliori modo & formâ, qvatenus id de Jure,
conſvetudine & ſtatuto fieri poteſt, ſolet ac debet: Solches
alles/und was ſonſten pro qvalitate negotii am füglichſten und
in der aller beſtändigſten Form und Maß / als ſolches Krafft
und Vermöge der Rechten / guten Gewonheiten / Statuten
oder Landsordnungen hette geboten etc. Rosbach. d. t. 35. n. 16.

Digitized by Google

16. (vel ut † Magnif. Dn. Krauß d. loc.) Solches oder was ſonſt geſtalten Sachen nach am füglichſten und beſten Inhalt der Rechte hette gebeten werden ſollen / können oder mögen / ſtellet Cläger zu Recht und deſſen Erkändtnüß etc. Hujus
17. Clauſulæ ponunt † effectum, qvod ejus intuitu ſemper pro actoris intentione libellus intelligendus & interpretandus ſit, adeò, ut ſi jus commune deficiat, nihilominus per Jus ſtatutarium aut conſvetudinarium ſuſtineatur, ut *Umm. juxta Oldendorp. & Rosbach.* ſecundum *Jaſonem dd. in locc.* perhibent.
18. V. eſt, † qvâ nobile Judicis officium implorat: Rufft hierüber an euer Adeliches Richterliches Ampt etc. *Umm. d. loc. Rosb. all. loc. n. 25. Schneid. d. loc. n. 129. & Roſchitz in proc.*
19. *pag. (mihi) 20.* Qvam † utilem admodum eſſe Dd. referunt, qvippe Judex, niſi officium ſuum ſingulariter invocetur, non vel rarò ſuccurrat *l. 4. § 8 ff. de damn. infect. & l. 18 ff. comm.*
20. *div. cum praall. Dd.* VI. eſt, † qvâ ſuper omnibus & ſingulis Jus & Juſtitiam ſibi adminiſtrari petit: Bittende / ihme Recht und Gerechtigkeit hierinn allenthalben zu adminiſtriren und mitzutheilen. *Teuber. in proc. cap. 3. Schneid. & Umm. dd. loc.*
21. Et hæc † Clauſula plerumq; cum ſuperioribus duabus conjungi ſolet, ita ut Schneid. eas pro una eademq; habere videa-
22. tur. Sortitur alias ſecundum Dd. † inſignes effectus, qvorum
23. † præcipuus eſt, qvod, licet concluſio omittatur vel inepta ſit, tamen virtute huj9 Clauſulæ nihilominus libellus ſuſtineatur. *Jaſon. ad §. 1. Inſt. de act. n. 147. & ſeqq. Gail. 1. obſ. 61. n. 11. &*
24. *12.* Unde * ſi ex narratione facti plures elici poſſunt actiones, qvarum qvædam ſunt aptæ, qvædam ineptæ, illa per clauſulæ hujus adjectionem electa & in jus deducta cenſetur, qvæ apta
25. eſt & valet. Per hanc enim * Clauſulam remedium omne & competens & ex narratis reſultans in judicium deductum vi-
26. detur; Qvare pro * cautela ex Angel. notat. *Schneid. d. n. 129.* ut, qvando qvis propter facti vel judicis incertitudinem neſcit

vel

vel dubitat, qvænam actio ſibi competat, factum diligenter & congruè narret atq; loco concluſionis ſpecialis hanc Clauſulam ſimpliciter adjiciat: Super * qvibus omnibus & ſingulis 27.
peto Jus & Juſtitiam mihi adminiſtrari, omni meliori modo & formâ, qvâ id de Jure fieri poteſt, ac debet. *Jaſon. d. loc. &*
Rosbach. d. loc. n. 13. & 14. Qvam tamen etiam tùm * demùm 28.
de Jure Saxon. effectum habere dicit Magn. Dn. Carpzov. ſi
* qvoqvo modo petitio tolerari qveat, aut qvando de actione 29.
non ſatis conſtat, uti dictum, wann aus den *Libell* der Clagen Grund und das *medium concludendi* nicht eigentlich und gewiß zuerſehen / *in p. 1. Conſt. 2. defin. 15. n. ult. adde Hartm. Piſtor. obſ. 1. n. 2.* VII. & ultima clauſula eſt, qvæ in fine libelli addi conſvevit, † ſalvo Jure (vel arbitrio) addendi, minuendi, 30.
corrigendi & mutandi libellum, vel qvicqvid aliàs actori conſultum videbitur: Mit Vorbehalt / die angeſtalte Clage zu ändern / mindern / beſſern / oder was ſonſten des Clägers Gelegenheit diſſfals ſeyn mag. *Sch. d. loc. n. 130. Umm. all. loc. n. 57. Rosb. d. tit. 35. n. 26. et Teub. d. c. 3. et 4.* Hæc clauſula utut
† communiter libellis adjiciatur, attamen nihil † præter jus 31.32.
Civ. operatur, *Bart. in l. neſennius 34. ff. de negot. geſt. ibi. B. et C. Jaſ. in l. edita 3. C. de edend. Obrect. d. tr. c. 16 n. 37.* & cum eo recentiores in univerſum ferè omnes, uti teſtis eſt *Umm. d. loc.* Ratio, † qvia jure communi certa norma emendandi mu- 33.
tandiq; libellum conſtituta & introducta eſt, qvæ, cùm à Jure non à voluntate vel arbitrio alicujus dependeat, proteſtatione hujus clauſulæ tolli neqvit, *l. 38. ff. de pact. Rosbach. d. n. 26. et 27.* Id qvod etiam de Jure * Saxon. obſervatur, *Ordin. Proc.* 34.
Judic. tit. 5. ſtatim poſt pr. his verbis: Nachdem man aber zu ſalvirung des Libells gemeiniglich am Ende die gewöhnlichen Clauſuln mit anzuhengen pflegt / ſo mögen zwar dieſelben dobey wol in acht genommen / iedoch mehr und weiter nicht / als ſich ihr Effect zu Recht erſtreckt / und die Narrata an ihme

ſelbſt leiden und mit ſich bringen / extendiret werden. Vult. *in all. c. 29.*
35. *in fin.* præfatæ Clauſulæ noſitæ ſubjicit hæc verba: † atqve in totum
36. tollendi: Oder dieſelbe gantʒ auffzuheben. Qvod ibidem tamen † ante non etiam poſt litem conteſtatam concedit & qvidem non aliter, qvàm refuſis expenſis. Verùm qvomodo & qvando hæc omnia procedant infra
37. † ex templo dicetur. Et ita de Clauſulis pro ſtylo Curiarum adjici ſolitis.

MEMBRUM QVARTUM

SIVE ULTIMUM

DE

Mutatione Libelli, ejusdem Adjunctis, Fine & Effectu.

Th. XXII.

Mutatio Libelli vel totalis eſt, vel partialis.(a) Totalis eſt, qvâ totus Libellus tollitur & aboletur, ita, ut actor vel omninò ab actione deſiſtat, vel alium novumq; Libellum loco prioris offerat. (b)

1. (a) *Vult.* † *lib. 2. J. R. c. 30. n. 74. & juxta cum Dn. Ludvvell. in D. Pandect. 26. th. 38.*

2 (b) Rosbach. † *in Prax. Civ. tit. 34. n. 25.* ſecundum *Schneid. ad §. ſi minus 34. n. 6 Hillig. in Donell. Enucl. lib. 23, c. 5. lit. C. Gl. & Dd.*
3. *ad l. edita 3. C. de edend.* hanc mutationem appellat † libelli ſubſtantiæ variationem, & veteri actione relictâ, novæ propoſitionem. Atq;
4. Socin. qvem allegat *Umm. d. D. 6. th. 16. n. 76.* inqvit, † mutare eſſe ab
5. edita actione recedere, & alium libellum formare; veluti: ſi † prius ex cauſa depoſiti, poſt ex commodato agere velim aut ſi prius intentavi actionem arborum furtim cæſarum, & poſteà actionem L. Aqviliæ movere cupiam. Qvousq; autem mutatio illa licita ſit, vi-
6. 7. debimus † infrà *in th. ſeq. 24.* Notandum † hic, tàm qvoad emendationem

tionem, qvàm totalem mutationem, actorem Reo teneri ad refuſionem expenſarum *l. 18. §. ult. ff. de vi & vi arm. Specul. lib. 2. part. 3. tit. de expenſ. §. ſi ante 3. n. 11. Jacob. Schult. obſ. 48. n. 36.* Qvod & verbis diſertis ſancitum † à Sereniſſimo Dn. Elect. Saxon. in Ordin. Proceſſ. Judic. tit. 5. §. Do auch einer verſic. Er wolte dann die vorige Clage gantz fallen laſſen und eine neue fürbringen / uff ſolchem Fall iſt er gleichwol dem Beklagten zuvorn die Unkoſten uff Richterliche Ermeſſigung zu erſtatten ſchuldig / uti ſecundum Zob. & Berlich. notat *Magn. Dn. Carpzov. p. 1. conſt. 11. defin. 9.* Placet hic in disqviſitionem vocare, † An litem deſerere ſeu ipſi renunciare & eam viciſſim reſtaurare liceat? Diſtinctè † hoc in loco procedendum eſt; Qvoad † prius igitur qvæſtionis membrum diſtingvimus inter Civilia & Criminalia Judicia: In illis enim indiſcriminatim putamus renunciationem volente reo licitam eſſe, tam antè qvàm poſt litem conteſtatam l. *poſtqvam liti 4. C. de pact. l. deſtitiſſe 10. ibiq; Bald. ff. de iudic. & auth. qui ſemel C. qvomodo & qvand. iud.* In † his verò minimè, (regulariter ſcil.) cum à crimine ſemel intentato accuſator poſt inſcriptionem citra abolitionem (qvæ triplex eſt) deſiſtere neqveat *l. 1. §. ſi qvis 7. l. 12. & l. 13. §. 1. ff. ad SC Turpill. ibiq; VVeſenb. n. fin. Arnold. Corvin. eod. tit. & Umm. d. loc.* Qvoad poſterius † membrum, id negamus ſimpliciter per *l. 4. C. de pact.* Ulterius qværitur, † An Actor reo invito litem protrahere ſeu differre poſſit? Et hic negativæ † ſubſcribimus ſententiæ per *Nov. 112. c. 3. princ.* & inde d. deſumptam *auth. qvi ſemel C. qvomod. & qvand. Jud. adde Bald. ad d. l. deſtitiſſe 10. & Umm. d. loc.* qvem haud † immeritò ſeqvimur, ſiqvidem litem ſemel cœptam protrahi non poſſe nobiscum ſtatuit, qvin potius contra † licere reo (puta dilationem recuſante in eamq; non conſentiente) juxta *d. c. 3.* procedere, & ipſi controverſiæ finem imponere, ita † ut ſuper ea deinceps amplius moleſtari non debeat.

Marginal numbers: 8, 9, 10. 11., 12., 13., 14., 15., [illegible], 16., 17., 18

Th. XXIII.

Partialis mutatio (qvæ à Dd. communiter EMENDATIO vocatur) eſt, qvâ ſalvâ actione libello aliqvid additur vel detrahitur: & utrumq;

trumq; illud ſit, vel errorem, qvi in eo eſt, emendando, vel qvod deeſt ſupplendo, vel qvod redundat, reſecando, vel deniqve qvod obſcurum eſt, declarando. (a)

1. (a) *Vult. d. n. 74. & Ampliſſ. Dn. Ludvvell. d. th. 38.* † Rosb. *d.*
loc. n. 26. cum Dd. hanc mutationem per compendium qvaſi nobis
2. deſcribit, & dicit † emendationem eſſe libelli malè concepti aut
formati in melius reformationem, ſalvâ ejusdem ſubſtantiâ *Schneid.*
3. *ad d. §. ſi minus 34. Inſtit. de act. n. 5.* Socinus † verò *ad cap. 2. n. 121.*
extr de libell. oblat. in deſcribenda hac mutatione planè â noſtra ſtat
4. parte, adteſtante *Umm. d. loc. th. 16. n. 75.* & † brevioribus hæc omnia
comprehendit, dum inqvit: emendatio verſatur circa perſonas neceſſariò in libello exprimendas, facti ſpeciem & concluſionem. Ex
5. † gr. I. Si rem petii ex Jure directi) detracto, aut verbis (vel qvaſi)
6. additis. II. Si † inſtitui contra te actionem ex vendito ad 100. &
7. poſteà in libello adhuc 50. addidi ex eâd. cauſa. III. † Si ſimul petitorium & poſſeſſorium intentavi, horum alterum omittere poſſum.
8. Et IV. † Si rem communem pro dimidia dividi petii, eam vel pro
tribus qvartis, vel unica qvarta petere mihi licet &c. Adde *Schneid.*
d. loc. Hillig. in Donell. Enucl. d. c. 5. lit. C. Umm. d. n. 73. & Socin. d. loc,
n. 123. ubi pluribus hoc deducunt.

Th. XXIV.

Utraqve non tantum usqve ad litem conteſtatam, ſed etiam usqve ad ſententiam locum habet: (a) qvamvis Dd. mutationem totalem tantùm usqve ad litis conteſtationem admittunt. (b)

1. (a) Proponitur in hac th. noſtra qvæſtio illâ tricis qvam plu-
2. ribus involuta, † An actio in libello mutari poſſit? Et nos id indiſtincte † tàm ante qvàm poſt litis conteſtationem licitum eſſe intrepidè

Digitized by Google

pidè aſſerimus † cum Magn. Dn. Ordinario, Dn. Præſide *in exerc.* 3.
Juſtin. 15 *q.* 7. & Ampliſſ. Dn. Ludvvell. *in Comm. Inſtit. ad §. ſi qvis*
35. Inſtit. de action. in D. Pand. 26. th. 39. & in Not. ad VVeſemb. Par. ff. t.
de edend. n. 8. qvi vel ſoli † (ut nullum dubium) diſſentientium arie- 4.
tes repellere poſſunt. Ne autem qvis nobis objiciat, hic nos auto-
ritatibus tantùm non autem Legibus pugnare: Sciat, noſtram aſ-
ſertionem probari, † primò *per l. 4. §. ult. ff. de noxal. act.* ubi poſt 5.
litem conteſtatam ita mutatur actio, ut ex directa fiat noxalis vel
contra; deinde † per *§. ſi qvis 35. Inſt. de action.* ubi Imper. permittit 6.
in eodem judicio actionem corrigere & mutare, ergò etiam poſt li-
tis conteſtationem, qvia ab ea demum judicium incipit, ut ſupra in
th. 1. lit. F. à nobis dictum. Veritati † igitur magis conveniens eſt, li- 7.
cere actionem tàm poſt qvam ante litem conteſtatam non emendare
modò, ſed etiam mutare; qvod manifeſtè probatur *per l. 18. §. 1. ff. de*
vi & viarm. Sed ita † tamen, ut mutatio iſta fiat juxta authorita- 8.
tem & æqvitatem jus dicentis *l. 3. C. de edend.* & reus indemnis ſerve-
tur *l. 79. ff. de Judic. Dn. Ludvvell. d. loc. & Umm. d. th. 16. n. 79.* Adde
Arum. Exerc. 17. th. 5. VVeſemb. ad §. ſi minus 34. Inſt. de action. Treut. d.
D. 4. th. fin. lit. D. ibiq. Bachov.

(b) *Lanfranc.* † *in Pract. c. 5. n. 21. Schneid. ad §. 1. n. 131. & ad §.* 9.
ſi minus 34. n. 8. & ſeqq. Inſtit. de act. Umm. d. th. 16. Rosbach. tit. 34. n. 27.
cum ſeq. & alii ab his & Treutl. d. loc. allegati. Verum enim verò † 10.
qvod hactenus de libelli mutatione prolatum, id de Jure noſtro † 11.
Saxon. non obtinet. Nam longè aliter illo Jure huic jam moto
dubio proviſum eſt, nempe † per qvarandam, qvàm actor (ſi ſcil. 12.
† Reus eam antè petierit Dn. Carpz. *ad Conſt. Elect. Aug. 4. part. 1.* 13.
defin. 3.) realiter † actu corporali (puta † ſtipulatâ manu, vel tacturâ 14. 15
baculi an Gerichtsſtab *Georg. Schultz. in Paratitl. Conſtit. Elect. d. conſt.*
4. in cauſis † criminal. ad evaginatum † gladium, uti ſecundum *Kö-* 16. 17.
nigk. in Proceſſ. cap. 9. refert Treutl. d. lit. D.) Judici præſtare tenetur,
In dem der Cläger mit Handgeben die Gewähr der Clagen angeloben
muß. Landr. *lib. 1. art. 63. lib. 2. art. 15. & lib. 3. art. 14.* Weichbild *art.*
40. & 115. d Nov. Conſt. Elect. Aug. 4. adde Proceß und Gerichts-Ord-
nung *tit.* von der Gewähr 1c. Cujus † effectus inprimis duplex eſt, 18.
ut videl. 1. habeat vim † evictionis, unde etiam die Gewähr der 19.

Clage nuncupatur, & 2. ut poſt præſtitam quarandam (utiq; autem
20. antè) Actor * libellum amplius mutare non poſſit *d. art. 14. & d. art.*
21. *115. Conſt. Elect. 11. circa fin. part. 1.* * His ſubjungit Dn. Carpz. & 3. qvod
ſcil. actor Reum, ſi is poſteà ejusdem cauſæ nomine ab alio conveniatur, in judicio defendere teneatur *d. Conſt. 4. defin. 1. n. 2. & 3. ut & ad d.*
22. *Conſt. 11. defin. 1.* Deniq; accedit etiam qvod * hodiè, cum omiſsâ qva-
23. randæ præſtatione lis purè conteſtata eſt, mutatio * libelli, aut dilatio juramenti (**die Clage ins Gewiſſen zuſchieben**) Actori non permittatur *d. Conſt. 11. verſic.* **So ordnen und wollen wir / daß in beyden Fällen / wann die Gewähr angelobet / oder der Krieg Rechtens befeſtiget / der Cläger nicht mehr Macht haben ſol /**
24 **die Clage zu endern etc.** Idq; verbis diſertis expreſſum * in ordin. proceſſ. judic. tit. 5. §. **Do auch einer** *verſic.* **wann aber derer beyder.** *Dn. Carpzov. ad D. Conſt. 11. defin. 2. n. 6. & 8. nec non. defin ſeqq.*
25. *12. & 13.* ubi jam dicta limitat, perhibendo, etiam * poſt qvarandam præſtitam vel litem conteſtatam declarare licere libellum obſcurũ, aut eum mutare in petitione videl. hæreditatis aliisq; judiciis uni-
26. 27. verſalibus. Obiter hîc duo * notare lubet, I. * qvod præfata qvarandæ præſtatio pertineat ad cautionem, qvam actor etiam de Jure communi præſtare cogitur, ſe in lite ad finem usq; perſeveraturum: Ideoq; (ut monet *Treutl. d. lit. D. & Diſp. ſeq. 5. th. 3. lit. G.*) in uſu practico ferè ab initio inter dilatorias cum petitione cautionis ſuper ex-
28. penſis & reconventione conjungitur. II. * quod Actor, ſi forsàn con-
29. tra * hoc promiſſum aliqvid fecerit, (puta emendando aut corrigen-
30. do libellum) * qvarandam fregiſſe dicatur, **daß er die Gewähr gerühret habe.** *Schneid. ad d. §. 1. n. 132. & ad d. §. ſi minus 34. n. 15. Inſt.*
31. *de action. ubi & n. 133.* de pœna * hujus fractæ & violatæ qvarandæ plu-
32. ra vide. Adde * *Dn. Carpz. ad d. Conſt. 11. defin.* qui 10. *n. 4. ſ. ult.* iſtam
33. pœnam prorſus in deſvetudinem abiiſſe, nec alio modo actorem *
34. hodiè, etiam de obſervantia * fori Saxonici puniri, qvàm ſolâ expenſarum refuſione, cum *VVehner. in obſ. Pract. verb.* **Gewähr** teſta-
35. tur. Ad qvarum refuſionem actor quoq; tenetur, ſi is ante * præſtitam quarandam vel litem conteſtatam in ipſo termino libellum mutare velit, & ad hoc reum tranſmiſſo libello mutato citari non fecerit, *Ordin. proceſſ. Judic. d. tit. 5. §.* **da auch** *verſic.* **würde aber der Cläger ꝛc.**

mq;

Digitized by Google

usq; ad fin. in tantum, * ut actor cum nova actione & mutato libello 36.
non audiatur, niſi * expenſæ fuerint reſtitutæ, docente ſecundum.
Jaſon. in l. edita 3. C. de edend. num. 37. Dn. Carpzov. part. 1. conſtit. 11. de- 37.
fin. 11.

Thes. XXV.

Propria Libelli adjuncta ſunt 1. ut ſit ſimplex non conditionalis aut alternativus; (a) 2. ut certus ſit non incertus aut generalis: (b) 3. ut clarus ſit non obſcurus; (c) & 4. deniqve ut debitam qvantitatem non plus minusve contineat. (d)

(a) Regulariter enim Libellus * alternativus non admittitur 1.
arg. l. 7. §. 4. ff. de minor. qvia alternativa oratio * obſcuritatem & in- 2.
certitudinem parit *c. fin. extr. de reſcript. Gail. lib. 1. obſ. 62. n. 1. & ſeqq.*
Certis tamen * caſibus & alternativus libellus valet & recipitur, ut 3.
I. * ſi alternatio illa oriatur ex facto alieno *l. 1. §. 4. ff. quod legat. ibiq;* 4.
Bartol. n. 1. Gail. d. obſ. 62. n. 4. Umm. d. D. 6. th. 15. n. 69. II. * ſi ex obliga- 5.
tione alternativa agatur, ut in caſu *l. 2. C. de reſcind. vendit. Gail. d. obſ.*
n. 10. Mynſ. 2. obſ. 42. & Trentl. D. 4. th. 11. lit. B. III. * ſi qvis experiatur 6.
actione hypothecaria per text. in *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione 3. ff. de*
pignor. & hypothec. l. 2. ff. qvibus mod. pign. v. hypoth. Gail. d. obſ. 62. n. 8. &
Trentl. d. loc. IV. * ſi res vel ejus æſtimatio petatur *Gail. all. loc. n. 5. circa* 7.
fin. Mynſ. 4. obſ. 11. Hiſce prioribus caſibus adjicit adhuc duos * Dn. 8.
Carpzov. *in part. 1. Conſt. 2. defin 9. & 10. videl.* quod libellus alternati-
vus omninò recipiendus in * cauſis Mercatorum, & deinde in cauſa 9.
* criminali, in qua Actori vel Rei condemnationem vel torturam 10.
petere liceat, id qvod ex Nicolai Reuſneri Deciſionibus pro * Cau- 11.
tela notandum docet *cit. loc. defin. 9. n. 4.* Plures * allegat *Socin. ad d.* 12.
c. 2. n. 74. Obſervandum * hic, libellum alternativum à Reo ante li- 13.
tem conteſtatam non impugnatum ſubſiſtere & poſtea in proceſſu
declarari poſſe. Quod ſi autem contra * ipſum exceptum fuerit & 14.
Actor ante litis conteſtationem illum non emendarit, dicemus cum

Digitized by Google

15. *Umm.cit.loc.proceſſum retrò nullum eſſe. Videatur etiam *Gail.d.*
*loc. n.*11.& 12. qui ibidem pro Reo convento cautelam perluſtratio-
ne non indignam ſubjungit.

16. (b) Quod adeò verum eſt, ut in criminalibus *libellus incer-
tus & generalis ipſo jure nullus ſit, etiam parte non opponente *arg.*
17. *l.3.ff.de accuſat.* in *Civil. verò ipſo jure ſubſiſtat; ſed ita, ut ad oppo-
ſitionem partis ante litem conſtatam declarandus ſit, *Gail.d.obſ.n.fin.*
18. *& Umm. d.loc. nu.*70. ubi legitimæ & dotis petitionem nec non uni-
verſalia & generalia Judicia, ut hæreditatis petitionem, actionem
19. neg. geſt. tutelæ &c. excipit. Rosbach. **tit.*33. *n.* 47. adhuc 4. exce-
ptiones recenſet, quas ibidem perſpicere licet.
20. (c) *Auth.* **offeratur C. de litis conteſt. & l. fin. C. de annal. except.*
21. Obſcurus *autem erit, ſi contineat ambigua, æquivoca, dubia &c.
22. Valet tamen hujusmodi libellus (nimirum in Civil. *aliud enim
obtinet in Criminal.) ſi Reus contra eum non exceperit, & ex actis
aliquo modo declarari poſſit *Treutl. d.th.*11. *lit. A. Gail.d.obſ.*62. *n.*11.
23. *&* 13. Et *generaliter notandum, libellum obſcurum, inordinatum,
24. incertum, ſiquidem à reo contra eum ante litem conteſtatam *non
exceptum ſit, ſubſiſtere & poſteà in proceſſu litis declarari poſſe;
25 quod ſi verò *contra eum exceptum fuerit, & actor illum ante li-
tem conteſtatam non emendaverit, proceſſum (ut jam ſæpiùs di-
26 ctum) ipſo *jure nullum eſſe. *Zaſ. ad d. §. ſi minus 34. num.* 3. *Inſtit. de
action. Umm. d.th.*15. *num.*71. *& Dn. Ludvvell. in Not. ad Par. VVeſemb. de
edend. n.4. in fin.*

27. (d) Nam ſi plus *debito (quod non rarò evenire ſolet, ut nos
docet Schneid. *ad §. ſi quis agens 33. Inſtit. de action.*) in libello quis pe-
tierit, non quidem libellus per exceptionem infirmatur, ſed tamen
28. *plus petitionis pœna ipſi ſubeunda eſt *d.* §.33. de qua, ejusq; modis
29. in ſeq. th. laxiùs † tractare & utilitati & ſcopo noſtro erit conſenta-
neum.

Th. XXVI.

Plus itaq; petere 4. quis dicitur modis; (a) videlicet re, (b) tempore, (c) loco (d) & causâ. (e)

(a) Per

Digitized by Google

(a) Per * *d. §. ſi quis agens 33. Inſtit. de action. & cap. unic. extr. de* 1.
plus petit. Gloſſ. * *ad eundem §. verſic. plus autem,* de hiſce modis hunc 2.
habet verſiculum:

Plus petitur cauſâ, vel tempore req; locoq;.

(b) Re, ſive * (ut *Paul. l. 1. ſent. tit. 10.*) * ſummâ plus petit is, 3.4.
qui majorem quantitatem aut ſummam, qvàm ſibi debetur, puta
20. pro 10. exigit *d. §. 33. d. verſ. plus autem.* Re rurſus tribus * modis, 5.
genere, ſpecie & qvantitate. Genere, * qui petit eqvum & bovem, 6.
cum alterum tantum debetur. Specie, * qvi pro fundo Cornelia- 7.
no petit Sempronianum, vel contra. Quantitas * denique alia eſt 8.
continua, alia diſcreta. Continuâ * igitur qvantitate plus petitur, ſi 9.
integram quis petit domum, ubi ejus pars tantum debetur: Diſcre-
tâ, * ſi 200. aureos quis petit, cum 100. tantum ſunt in obligatione. 10.
Obrecht. d. tr. c. 19. n. 5. & juxta eum Umm. d. th. 15. n. 72.

(c) Tempore, * qui præmaturè ſive ante diei vel conditionis 11.
eventum petit *d. verſic. plus autem. Obrecht. d. loc. n. 10.* Ex gr. * ſtipu- 12.
latus à te 100. proximis Calendis May, non expectatâ illâ die peto
dictam pecuniam Calendis Martiis. Item * ſi ſtipulatus à te 100. ſub 13.
hac conditione, ſi navis ex Aſia venerit, ſtatim antequam navis ve-
nerit, peto. Utroq; * caſu plus & præmaturè peto. Quâ * enim ra- 14.15.
tione, qui tardius ſolvit, quàm ſolvere deberet, minus ſolvere intelli-
gitur: *§. fidejuſſ. 5. in fin. Inſt. de fidejuſſ. l. ſolidum 55. ff. de ſolut. & l. 12 §. 1. ff.
de V. S.* eâdem etiam ratione qui præmaturè petit, plus petere vide-
tur *d. verſic plus autem. ibiq; Rittersh. & Schneid. n. 2. & ſeq.* ubi * qua- 16.
drupliciter hanc pluris petitionem procedere dicit.

(d) Loco * plus petit, qui id quod certo loco, puta Epheſi ſibi 17.
dari ſtipulatus eſt, alio loco, puta Romæ petit, ſine * commemora- 18.
tione loci conventi *d. verſic. plus autem, & l. 2. §. fin. ff. de eo quod cert. loc.
Umm. Rittersh. & Schneidw. num. 4. all. locc.*

(e) Cauſâ * deniq; ſive (ut *Paul. d. lib. 1. ſent. tit. 10. eumq; ſecuti* 19.
Giphan. & Bach. ad d. §. 33. n. 4.) * qualitate plus petit, qui in modo & 20.
forma obligationis plus poſtulat, quàm in ea comprehenſum: vel-
uti, * ſi cum in genere vinum debeo, tu Malvaticum petas *d. §. 33. ver-* 21.
ſic. præterea; Item, * ſi ex promiſſione alternativa (cujus electio ad 22.
reum conventum pertinet) eâq; tàm ſimplici qvàm mixta purè aga-

tur. Simplici,* ſi Stichum petas,ubi vel Stichum vel 10. debebam.
23. Mixta * ut ſi qvis 10. Noribergæ, aut Stichum Lipſiæ dare promit-
24 tat,& Noribergæ de Sticho conveniatur. *Zaſ. ad d. verſ. præterea Hn. m.*
d.th.15.n.72. Qui igitur uno horum prædictor. modorum plus pe-
tiiſſet, is Jure * Veteri cauſâ cadebat,(ſive)litem perdebat *d.§.33.*
25. Sed * hodiè,ſi quis tempore plus petit, ex Conſtit. Zenonis ſine *
26,27. interuſurio (quod eſt uſus ſive commodum medii temporis *l. 9.§.7.ff.*
de pecul.adde Coraſ.lib.1. miſcellan.c.20.) duplicantur * induciæ, qvas
28. reus ad ſolvendum habebat, i. e. * alterum tantum temporis,qvan-
29. tum vel ex pactione vel ex natura actionis reo ad ſolvendum con-
ceſſum erat, debitori indulgetur: nec * priùs etiam poſt tempus il-
30. lud elapſum actionem ſuſcipere cogitur, quàm ipſi litis expenſæ re-
ſtitutæ fuerint *d.§.33. & §. pen. verſic. hodiè Inſt. de Except.* ubi Imper.
31. rationem addit hanc: ut * actores tali poenâ perterriti tempora li-
32. tium doceantur obſervare. Huc apprimè faciunt * etiam *c.un. extr.*
de plus petit.& l.1. C.eod.Rittersh.ad d.§.33. verſ. ſed hac quidem. Quod
33. ſi verò reliquis * modis,puta,re, loco vel cauſâ plus petat,ex Con-
ſtitut. Juſtin.triplum damnî,qvod ex ea petitione ſenſit reus, eidem
34. reſtituere compellitur *d.§ 33. in fin.& l.2.§.2.C.d.t.* Excepto * uno ca-
ſu,quo etiam hodiè adhuc Jus Vetus obſervatur,ut is,qui plus petiit,
35. cauſâ cadat,videl.ſi quis,* re plus petat,cautione callidâ interpoſi-
tâ,ſeu per dolum & machinationem *l.3. ſive fin.C.d.t. de plus petit.*: Ex
36. gr. * ſi creditor per dolum exegerit â debitore cautionem ſeu chiro-
graphum de majore pecunia,eamq; judicio petat,ac de eo poſt litẽ
37. conteſtatam convincatur. Nam * ante litem conteſtatam locus
eſt pœnitentiæ *d.l. fin.C.d.t.Rittersh. ad d.verſic. ſed hac qvidem.* Aliud
38. autem obtinet, * ſi minus, quàm ſibi debetur,quis petierit, v.g.5.pro
39. 10. Id enim * ipſi fraudi eſſe non debet,ſed poteſt nihilominus agni-
to errore reliqua 5. petere,& eodem judicio perſequi *§.34. Inſt.d.t. de*
action,d.l.1.§. fin.& l.2.§.1. C.d.t. de plus petit. Idem eſt ſi non minus,ſed
40 rem aliam * pro alia petierit veluti Stichum ſervum pro Erote, vel
41. ex * alia cauſa,puta ſi 10.ex teſtamento petiit, quæ ei ex ſtipulatu de-
42 bentur. Nam * & tum cognitâ veritate errorem ſuum in eodem ju-
43. dicio corrigere ei permiſſum eſt absq; * periculo, *§.35. Inſtit. de Act.*
44 *l.4.§. fin.ff. de mix.Act.* Quod intelligendum monet * *Dn.Ludwell. ad*
d.§.35.

Digitized by Google

d.§.35. quoad pœnam ſcil. plus petitionis & amiſſionem cauſæ principalis. Quandoquidem Actor * impenſas, quas Reus ob vitioſam 45
petitionem coactus fuit facere, ipſi refundere neceſſe habeat *l.79. ff de Judic.* De quibus omnibus conſule *Zaſ. Dn. Ludvvell. Ritt. & Schneid. ad allegg. §§§. 33. 34. & 35.* Præfata plus petentium pœna non * obſer- 46
vatur de Jure Saxonico, prœterquam, quod * Rei abſolvantur ab in- 47.
ſtantia & obſervatione judicii, ne ſimul condemnetur actor ad refuſionem expenſarum; reſervato tamen ei jure * denuò agendi poſt 48
evenientiam diei vel exiſtentiam conditionis, teſte juxta *Matth. Coler. p. 2. deciſ. 265. n. 3. Dn. Carpz. p. 1. Conſt. 3. defin. 12. n. ult.*

Th. XXVII.

Ceterum Libellus ita interpretari, adjuvari & ſalvari debet, ut quoad fieri poſſit, ſuſtineatur. (a)

(a) Per * *text. in l. ſi quis intentione 66. ff. de indic. Bart. in l. ſed ſi* 1.
poſſeſſoris 11. § item ſi 2. ff. d. Jureiur. n. 5. Et ad hoc, ut libellus ſalvetur, verba ejus * improprianda *Felin. in c. auditis col. 1. & 2. extr. de præſcr.* 2.
Myns. cent. 4. obſerv. 5. latè * accipienda & in * favorem Libellantis 3. 4.
ſeu actoris interpretanda ſunt, ut ipſius includant intentionem *l. 2. § 1. ff. ſi ſervit. vind. Panorm. Abb. in cap. examinatæ 15. extr. de iudic. n. 18. Bart. ad d. l. n. & Dec. in c. cum ſuper extr. de offic. deleg. n. 12.* Quæ non ita
* crudè accipienda: verùm quando libellus non planè & evidenter 5.
eſt ineptus. Nam ſi ineptitudo utramq; * faciat paginam in libello 6.
(ſententia * enim ſuper tali lata ipſo jure, etiam parte non oppo- 7.
nente, pro nulla habetur *d. c. examinata Gail. 1. obſ. 66. n. 1.*) tunc diſſentientium opinio & nobis haud immeritò videtur probabilior. Quapropter prædicta * limitantur I. niſi libellus in materia & forma 8.
adeò obſcurus, ineptus gar ungeſchickt (puta, * ſi eo non includa- 9.
tur jus agendi *Gail. d. obſ. 66. n. 14.* vel ineptam cauſam expreſſam habeat. *Rosb. d. t. 33. n. 44.*) & incertus ſit alioq; laboret vitio; Nam * 10.
tunc eam non recipi, ſed judicem reum ab inſtantia abſolvere & actorem in expenſas condemnare debere verius eſt; reſervato * ta- 11.
men ei jure agendi ex alia cauſa apta *d. c. examinata in fin. ibiq; Ant. de Butr.*

Digitized by Google

Brut.n.25. Dn.Ludvvell. in proc.d.c.8. Gail lib.1.obſ.67.n.1. & Menoch.de
12. *præſumpt.lib.2. obſerv.40.n.3.* Lim. II. * quod interpretatio tùm de-
13. mùm pro actore facienda, ſi ambiguitas * in jure non in facto con-
14. ſiſtat, *Alexand.l.1.conſ.121.n.10.* quo caſu factum obſcurum * expreſſam actoris interpretationem & declarationem requirit *l.idem Pompon. §.5.fin.ff.de rei vind.& l.ſi quis de pluribus 27.ff.de reb.dub.ibiq; Gloſſ.* III.
15. *& ult.* * limitantur, non procedere in libello criminali, qvoniam ibi non attendatur favor actoris *Panormit. Abb. ad d. c. examinata Gail.1.*
16.17. *obſerv.66.n.8.* Salvatur * porro libellus, ſi modo * præſumptivè *Fe-*
18. *lin.in c. dilecti extr. de lib. obl. col.2.* vel pro * parte ſaltem aptè concludat, nec utile per inutile vitietur contra regulam. *in c.utile de R.J.in 6.*
19. vel etiam * de incertitudine obſcuritate & generalitate nihil oppo-
20 natur. Nam his de cauſis * non vitiatur libellus *l.fin. C.de ann. ex-*
21. *cept.qvid.deciſ.222* Judex deniq; * ex officio libelli vitia ſupplere, &
22. ex deductis actionem, qvænam * melius facto applicanda, elicere poteſt ac debet, ut ſcil. quoad fieri poſſit, ſuſtineatur. Panormit. Abb. *in d.c. dilecti.* Bart. *ad. d.l.11.* Bald. *in l. edita 3.C. de edend. n 56.* Menoch. *d.l.n.1.* Weſenb *in Par.ff.n.8.* Rosbach. *d.t.n.37. & ſeqq.* Gail. *d.obſ.66. n.7.cum ſeqq.* & Mynſinus *d.obſ.5.*

Th. XXVIII. & ult.

Agmen Theſium noſtrarum claudant Finis (a) & effectus. (b)

1. (a) Qvi eſt † agentis deſiderium proponere *l.1.& 2 ff.*
2 *de poſt.* judicem † de ſpecie futuræ litis inſtruere *l.3.C.de edend.*
3. *ibiq. Dd.& d.l.1. in pr.* & deniq; ut ſit † fundamentum Judicii Weſ. *in par. ff. d.n.8.& ult.* nec non *in Par.Cod. eod tit.n.eod.3.*
4. Qvare † rectiſſime Dd. tenent, libelli oblationem, de ſubſtantia eſſe ordinarii Proceſſus, & omitti non poſſe. Imo qvicqvid
5. † fere in judicio agitur, ad ipſum libellum referendum eſt, Obrecht. *d.tr.c.17.n.2.* Ut omnino † ineptum ſit aſſerere ju-
6. dicium absq; libello ſubſiſtere poſſe. Hinc etiam qvæ in præ-
7. ced.th. modò dicta ſunt, vera † eſſe, & omnino procedere cum

Unum.

Umm. *d. D.ff.6. th. fin. num.80.* & Gail.c.l.uno ore fatentur omnes.

(b) Eumq; ; † varium & multiplicem conſtituunt Dd, 8
Voluntenim I. † libelli oblatione rem litigioſam effici ; Qva 9.
in re tamen † diſtingvunt nonnulli, ut ſocin. *ad d.c.dilecti x.de* 10
libell.obl.n.61. Kling. *ad.c.1.x.eod.n.24.aliiq.* Nos † cum Umm. 11
D.5.th.fin.n.pen.& D ſeq.6.th.fin.n.81. ſimpliciter ſtatuimus
libelli oblatione rem litigioſam nunqvam fieri. II. † præſcri- 12.
ptionem interrumpi. Obr. *deciſ.17.n 18.per text.in l. ult.C.de*
ann.except. qvod iterum ſub † diſtinctione admittunt. Socin. 13.
n.62. & Kling. n.25. all.l. Verum † & hic nobis arridet potius 14.
Ummii opinione *in d.th.fin.n.82.* nim. † per litis conteſtationem 15
demum præſcriptionem interrumpi. II. actionem † annalem 16.
he prætorium perpetuari Gloſſ. *ad d.c.1.x. de libell.obl. l.1. & 2.*
C.de off. præf. Prat. Affic. ſi † modo ipſi Principi, non alii, ne 17.
qvidem † præfecto Prætorio d. itaq; Weſenb. & Godofr. libel- 18.
lus oblatus ſit, & † is ad eum judicem dederit. Cyn. *in d.l.1.vel* 19.
potius ad illum reſcripſerit *l.2. & ibid.* Cujac. in *par. IV.* mo-
ram † induci, juxta elegantem † diſtinctionem Arumæi *in tr.* 20.21
de mora c.5.n.13. & V. deniqve, † ut qvæ actor in libello poſuit 22.
pro confeſſis habeantur; Panorm. Abb. *in d.c.* examinata
n.3. & 4. & juxta eum Weſ. in *Par. ff. d.n.8.* Obrecht
d.c.17. & 15. aliiq. plures.

Tantùm!

Digitized by Google

DISSERTATIO SEXTA.

DE

LITIGIOSIS,

Autore

D. JOHANNE THOMÆ,

hodiè Cancellario Saxo-Altenburg.

Pro Loco, Jehnæ,

Anno 1649.

Litigioſi, qvem exhibemus modò, tractatum, rem putabamus vix unius aut alterius pagellæ, vix ternas in Digeſtis, & qvaternas in Codice de eo conſcriptas oſtendentes Leges, unicam novellam, imò unicum ejus caput, in Jure Pontificio pauca aliqvot ſub titulis, ut lite pendente nihil innovetur, collecta capitula. Cæteros enim, qvi vel in iſtius Juris Cæſarei, vel in hujus Pontificii libris occurrunt, parcè admodùm jactari, textûs, per medias undas conqvirendos & qvaſi naufragos, ne curabamus qvidem. Nimirùm idem nobis, qvod viatoribus, ex longinqvo oppidum ſpectantibus contingit. viam hi oculis ſaltem, nondum pedibus, metiti confeſtim ſibi pollicentur diverſorium, obſonia parant, & tantùm non jubent ſtrui menſam. at ubi conſumtum penè vident diem, & viam illam pulcherrimis cogitationibus dudum anticipatam nedum minui,

Digitized by Google

imò protrahi, & velut in nova avia abire, eò jam pejùs tot ambagibus excruciantur, qvò ſuaviùs blanditus eis erat fallaciſſimus loci ſitus. Et nos utramqve jam confeceramus paginam, & Infinitis devoratis moleſtiis, ſexcentas tamen alias reſtare devorandas denuò non ſine difficili nauſeâ fuimus comperti. Deniqve diffindendus erat dies, & nobis deprecanda venia, ſi Litigioſi cicatrix, hodiè nondum obducta ſatis, alio à nobis die foret refricanda. Tantùm enim hâc vice detegemus vulnus, & qvi poſſit coaleſcere, monſtrabimus, ſymptomata ejus propediem expoſituri.

POSITIO I. NOMEN.

Litigioſum † ita dicitur à lite, qvam Iſidorus *c. 10. X. de V. S.* à limite ut jurgium, qs. juris garrium à jure & garriendo deducit. ſuo more. adſcribam † enim Alciati judicium: *qvod habet in tract. de 5. ped. preſcr. n. 5.* Iſidorus, inqvit, ut ſcimus omnes, malus eſt Latinitatis author, olim apud Proavos magno in pretio fuit, nunc Deorum beneficio repulsâ ignorantiæ caligine, & inſtauratis Græcæ Latinæq; linguæ ſtudiis neqvaqvam idoneus habetur, qvem lectione ſuâ docti dignentur. Hæc Alciatus. Et † Gœddæus *ad l. 36. n. 4. de V. S.* illam Iſidori etymologiã à verò nonnihil aberrare, nec illo Virgiliano [Limes erat poſitus, litem ut diſcerneret agris] confirmari ait; Ipſe aliam ſubjungens: LIS dictum qvaſi LICET, mediâ literâ in T. [an fortè in S.] mutatâ. Omnem enim concertationem ſe ad licitum & illicitum habere, tanqvam effectum ad cauſam. Itâ † nodus qværitur in ſcirpo. LITES productâ primâ ſyllabâ dicitur: LICET brevi, & literarum numerus in LICET auctior à LIS potius id pateretur derivari. ut non † putem eum peccare, qvi LIS primitivum dixerit, exprimens fortè ſibilos aut ſtrepitum diſceptantium. † SLIS enim dixiſſe veteres idem tradit Gœddæus; ſive STLIS, ut Qvintilianus *lib. 1. Inſtit. c. 5.* referunt & Alciatus *ad l. 16. n. 19. C. de transact.* ex Feſto. qvamvis ea harum literarum præpoſitio etiam alibi eis fuerit familiaris, ut in STLOTUM, qvod pro LOTUM dicebant. *v. Qvintilian. d. l.*

 Non

1.
2.
3.
4.
5.
6.

Digitized by Google

7. Non † uno autem modo lis in jure noſtro uſurpatur: generali-
ter vel ipſam denotat diſceptationem, vel jus Litigantium, vel rem,
8. qvæ peritur. Secundum † poſtremum hunc ſignificatum litem di-
cimus æſtimari, *L. 15. §. 1. de iudic. l. fin. de condict. tritic.* incoudemna-
tionem deduci *l. 3. §. 3. de act. emti.* & inficiando creſcere. *§. fin. J. de
oblig. qvæ qs. ex contr.* juramentum item in litem, *v. Borcholt. de in lit.
9. iur. c. 1. n. 8.* & actionem de lite *l. 9. C. de ſuis & legit.* dubitabant † e-
nim olim, litem rectius dicerent, an rem atqve *ut in d. l. 9.* disjuncti-
vè ideò pronunciabant: QVAM REM SIVE LITEM, *Varr lib. 6.
10. de ling. lat.* Ridet † id Cicero. *pro Muræn. §. 27.* & in loqvaces iſtas
litium formulas, qvas ab antiqvis JCtis tantùm, ut omnibus ipſi in
rebus intereſſent, excogitatas ſcribit, *d. l. §. 25. & 26.* latè invectus,
tandem miratur, tot homines, tàm ingenioſos per tot annos ſtatue-
re non potuiſſe, rem an litem dici oporteret.
11. In † medio ſignificatu Lis perire dicitur, *l. 1. §. 3. de calumn.* &
perdi *l. 2. §. fin. de condict. ob turp. cauſam.* Cumprimis ad actorem
refertur, & actionem ſignificans, *l. 36. de verbor. ſignif.* peremptâ et-
12. iam inſtantiâ ſalva poteſt manere. *l. 73 §. 2. de iudic.* Similis † eſt in-
terdum acceptio rei. *§. 33. ibi: rem amittebat. J. de action. unde Auſonius:
Imperium, Venerem, litem cur una notet res?* qvamvis ea alibi *l. 8. §. 1.
de inoff. teſt.* pro lite etiam ſumatur ſecundum primam litis acceptio-
13. nem. Denotat † ibi Lis ipſam diſceptationem forenſem, eâve ra-
tione præparatur, *l. 7. de inoff. teſt.* inchoatur, movetur, *L. 2. C. de in
rei. propter cal.* conteſtatur, *l. un. C. de litis cont.* in judicium deducitur,
l. 31 §. 2. de neg. geſt. l. 2. C. de hered. petit. pendet, *clem. 2. ut lit. pend.*
deſeritur, *d. l. 31. §. 2.* moritur, *l. 2. D. indic. ſol.* finitur. *l. 13. pr. D. in-
dic. ſolvi. l. 16. C. de tranſact.* ita Judex interdùm litem ſuam facit, *l. 15.
de iudic pr. J. de oblig. qva qs. ex del.* i. e. controverſiam in ſe transfert,
ita procurator poſt lit. cont. fit litis dominus. *l. 23. C. de procurat.* Lis
14. † ergò eſt, etiam anteqvam conteſtetur. *Pract. Ferrar. tit. forma libelli
qvo agitur ad pœnam ex comprom. verb. occaſione cuiusdam n. 1. p. 143.
Alciatus libr. 2. diſpunct. c. 24. Diſſ. Cuiac. ad rubr. X. ut lit. non cont. p. 59.
15. & in paratitl. C. de tranſact. Borchold. de tranſact. c. 3. n. 4.* utut † ea inter-
dum ſtrictiori ſignificatu tantùm ad conteſtatam litem (ſive inſtan-
tiam, & tractatum illum, qvi à litis conteſtatione incipit,) pertineat,
ut

Digitized by Google

ut l. 5. princ. de hered. petit. c. 30. X. de V. S. ubi † non placet interpretatio Nicol. de Milis, *in Repertor. §. lis p. 77.* etiam anteqvam lis moveatur, eam ineptam eſſe & pendere dicentis. moveri enim & inchoari litem idem eſt. *l. 2. pr. C. de iurei. propter cal. dando.* Nec † impugnabo, qvam plures inter litem (ita ſtrictè ſumtam) & controverſiam ponunt differentiam, controverſiam etiam ante conteſtatationem intelligentes. *l 5. pr. l. 25 §. 7. de hered. petit. fas. l. 39. §. 5. de procurat.* licet † id impugnet Alciatus *libr. 2. diſpunct. cap. 24.* & ex eo, qvod Cornelius Fronto ſcribit: (Lis naſcitur, controverſiam pertinacia efficit. Et litigant homines, res in controverſiam deducitur, ita controverſia partis eſt, lis ſummæ.) arguat, controverſiam eſſe potiùs poſt judicium acceptum, eamqve ſententiam confirmari ex Digeſtis ipſis, Juſtiniano ſcilicet & Romanis Pontificibus vocis proprietatem non obſervantibus. Dixerim, † Cornelium litem in tertio, qvem ſuprà propoſuimus, ſignificatu tractare, nec obſtare adeò prædictæ differentiæ. Eandem † alii ad cauſæ & litis applicant diſcrimen, qvod illa tàm ante qvàm poſt litem conteſtatam eſſe intelligatur, lis tantum poſt. Qvam † tamen doctrinam penitus convertit Ferrarienſis *d. l.* & imò cauſam tantùm poſt conteſtationem, litem etiam antè eſſe aſſerit, *pro quo poſſit allegari c. 27. pr. verſ. quod ſi X. de offic. deleg.* † Verius eſt, promiſcuè litem & cauſam poni hactenus, *Confer. Gregor Tholoſ ſyntagm. lib. 47. c. 7. n. 2.* & in [illegible] alias differre, qvòd cauſæ appellatio magis intentiones litigantium, & materiam contentionis, lis magis ejus formam & proceſſum implicet; & † aliter, qvod lis cum primis ad civilia negotia, *ut Magnif. Dn. Richter in Auth. habita diſp. 6. p. 132.* cauſa tàm ad civilia, qvàm criminalia referatur. *L. 1. §. 1. de teſtib. adde Rittershuſ. ad Novell. part. 9. c. 3. n. 27, 28.* 26. 27. 28. 29. 20. 21. 22. 23.

II. DEFINITIO.

Lis † ita explicatâ apparet ferè, qvid ſit Litigioſum. Eſt enim qvod cum ſit in lite (i. e. forenſi diſceptatione) ab his, ad qvos ea lis pertinet, ideò alienari & transferri jure prohibetur. Non † omne qvod in lite eſt, ſtatim in hac noſtra Litigioſi materiâ litigioſum eſt. Qvid enim ſi Cajus & Mævius inter ſe de re, qvàm ego poſſideo, 1. 2.

Digitized by Google

ſideo, litigent? *l. 1. §. 1. de litig.* nihil illa lis ad me pertinet; neq; meæ
rei poſſeſſioni facit præjudicium, ut alienandi ergò libera ſemper
3. mihi ſit poteſtas, & † rectè Cynus *ad l. 1. n. 3. C. de præſcript. long. temp.*
adde Bald. ad d. l. 1. nu. 5. 6. Accurſ. & Bartol. ad l. 1. §. 1. de litigioſ. Cy-
num ad l. vitia. n. 4. C. de acqvir. poſſ. Jaſon. ad l. is apud qvem n. 19. C. de
edend. Peregrin. de iure fiſci lib. 4. tit. 6. nu. 25. ſentiat, perſonale eſſe
vitium litigioſi *diff. Fabian. de Mont. in tract. de emt. qu. 4. n. 36. pro quo*
videtur Bald. ad l. 4. in f. C. de litig. utpotè, qvod rem afficit propter
litem poſſeſſoris, non ſecus ac mala fides rem ita poſſeſſam. Imò †
4. verò, inqvies. (1.) Res litigioſa non eſt in commercio. *l. 1. §. 2. quæ*
res pign. reali ergò vitio affecta. (2.) nec impediretur alias dominii
acqviſitio in emtore ignorante rem litigioſam (3.) Aut in hoc ſaltem
exſtingveretur vitium, nec ad novum, ſi is porrò alienaverit, tranſi-
5. ret poſſeſſorem. Putamus † ergò (1.) comparationem iſtam re-
rum litigioſarum cum rebus in commercio non exiſtentibus ſimilitu-
dinem ſaltem, nondum idenditatem inferre. Quod evidentius e-
rit, ſi qvis iſtum textum *l. 1. §. 2.* ad res mobiles tanqvam ex ſenten-
tia Scævolæ reſtringere voluerit. Certè, ſi alienationis prohibitio
rem litigioſam commercio eximeret, etiam dotale prædium & res
pupilli res eſſent extra commercium. Rectiſſimè verò Gœdd. *de*
contrah. ſtip. c. 6. nu. 110. res litigioſas commercio exemtas eſſe negat.
6. Et † ſi eſſent, notum tamen eſt, res extra commercium conſtitutas
alias univerſaliter omnium, alias particulariter certorum hominum
commercio exemptas eſſe. Illarum exemtionem uti ad qvalitatem
ipſarum rerum referri patimur, ita harum potiùs ex conditione per-
ſonarum eſſe cenſemus derivandam. (2.) Alienantis † perſonale vi-
7. tium translationem impedit dominii, utcunqve omni vitio careat
8. adqvirens. *arg. l. 2. §. 15. pro emt.* (3.) Vitium † primæ alienationis
qvoad translationem dominii qvia in ſecundâ non corrigitur, nec
emtor rei litigioſæ ulterius alienans dominium ejus rei præſtare po-
teſt magis, qvàm qvi rem emit à pupillo. Utrum † autem ipſa iſta
9. ſecunda alienatio ſit inutilis? eodem modo, qvo prima, nondum
diſputamus. Interim eſto inutilis! etiam perſonalia vitia ſucceſſo-
ribus nocere abſurdum non eſt *auth. malæ fidei. C. de præſcr. long. temp.*
l. 4. §. 29. & 31. D. de dol. mal. & met. except. confer c. 18. X. de reſt. ſpoliat.

Bachov.

Bachov. ad Treutl. de exc. th. 6. A. p. 761. ubi vitium litigioſi quodammodo dicit eſſe reale.

Denique † neque rem controverſam, quæ penes litigatorem etiam eſt, ſtatim litigioſam dixerim; vel exemplo rerum, quæ perſonali petuntur actione, aut aliâ reali impetuntur ob jus incorporale, ſervitutis fortè aut pignoris. Adjecimus † ideò in definitione alienationis prohibitionem. Et quidem eam, quæ immediatè ex juris procedat diſpoſitione, ne, ubi ſolus Judex prohibet, litigioſi nomine rem comprehendas. Translationis † fecimus mentionem, ſi cui fortè ceſſio actionum minus commodè ad alienationes referri videretur. 10. 11. 12.

III. DIVISIO.

NImirum † in lite eſſe dicitur tùm cauſa litis, jus Actoris, tùm objectum, de quo litigatur. Unde † duo litigioſorum genera, rerum unum litigioſarum, alterum actionum. Hæ † vitium contrahunt ab Actoris parte & cedi prohibentur: illæ à parte Rei poſſidentis, & prohibentur alienari. *Magnif. Dn. Frantzk. lib. 1. Reſolut. 11. n. 3. Peregrin. de Jure fiſci libr. 4. tit. 6. num. 1.* 1. 2. 3.

IV. RES LITIGIOSA.

UT † ergò diſtinctiùs intelligas, quæ tandem res ſit litigioſa, modò definimus cum Imperatore: Litigioſa res eſt mobilis, & immobilis, ſeſeque movens, de cujus dominio cauſa movetur inter petitorem & poſſeſſorem, aut per judiciariam conventionem, aut per preces Principi oblatas, & inſinuatas judici, ac per eum adverſario interpellatoris cognitas, *Novell. 112. c. 1. unde deſumta Auth. Litigioſa. C. de Litigioſ.* Definiri † equidem ibi res litigioſas Ummius *de proceſſ. diſp. 5. n. 73. pag. 217.* non credit: (1.) Nec enim mentem eam eſſe Juſtiniani, definire, quæ res ſint litigioſæ, aut quæ actiones. (2.) alias non in omni reali actione; ſed illâ ſaltem, quæ inter poſſeſſorem eſt & petitorem de re mobili ſeſeque movente, rem litigioſam fore contra l. 3. C. de litig. & omnium Doctorum votum. (3.) hanc ergò ibi eſſe intentionem Juſtinianî, oſtendere; quomodo vitium litigioſi contrahatur, nempe vel judicariâ conventione, vel precibus Prin- 1. 2.

cipi

cipi obluſis. hæc Ummius. At † imò (1.) mens Imperatoris ſatis explicatur d. Nov. 112. præfatione; ubi Judices ab Imperatore petierunt, ut manifeſtum faceret, qvas res vocari litigioſas oportet. nec mora. ſtatim Imperator: LITIGIOSAM DICI, ET INTELLIGI, de cujus dominio cauſa movetur, conſtituit in cap. 1. qvod ipſum etiam caput inſcriptionem ideo accepit, QVÆ RES SINT LITIGIOSÆ. Sanè actiones ibi litigioſas minimè definiri Ummio concedimus. (2.) Fefellit † autem Virum admodum vitioſa qvædam Novellarum editio, in qvâ verba *dictæ Novell. 112.* ET IMMOBILIS, ſupra *n.* 1. à nobis relata, omiſſa fortè fuerunt. Num & ipſi tria diverſis temporibus impreſſa Novellarum vidimus volumina hanc partem mutila & manca. plura tamen tàm recentiora, qvàm antiqviora conſentire & illa exprimere verba, ET IMMOBILES. rectiſſimè. ita enim Græcus habet textus: *πρᾶγμα κινητὸν, ἢ ἀκίνητον, ἢ αὐτοκίνητον.* Holander vertit: ſive mobilis, ſive immobilis, ſive ſeipſam movens. (3.) Modum ergò, qvo res fiat litigioſa, ideò explicare debebat Imperator, qvia modus iſte pertinet ad definitionis aut integritatem aut illuſtrationem tamen. eò enim pertinet, ut ſciamus, ubi moveri cauſa intelligatur.

3. 4. 5.

6. Litigioſi † autem vitium in res tantùm corporales incidere, Imperator innuit non obſcurè, litigioſam rem per rem mobilem, immobilem, ſeſeqve moventem definiens, i.e. per rem corpoualem.
7. Neqve † de incorporalibus cùm qværitur, de dominio cauſa move-
8. tur; neqve fortè inter petitorem & poſſeſſorem. Benè † Baldus, *ad auth. Litigioſa. n 3. C. de Litig.* ſervitutes, & in genere Cynus, *ad d. auth. num. 4.* res incorporales (etiam pignora & hypothecas) ajunt non fieri litigioſas, ſed tantùm earum actiones. *diſſen. Azon. n. 2. C.*
9. *de litig.* Neqve † ſatis intelligi poteſt, qvorſum pertinere hîc deberet vitium litigioſi? & qvomodo ad prohibitionem alienationis? utrùm ut ne alienetur res ſerviens vel oppignorata? an verò ne ſervi-
10. tus ipſa vel jus pignoris? Si prius, † non tàm ſervitus qvàm ipſa res corporalis, fundus e. g. fieret litigioſa. & ergò fundus fieret litigio-
11. ſus per confeſſoriam aut hypothecariam. *de qvo infrà.* Sin † poſterius, aut inutilis erit alienationis prohibitio, aut iniqva nimis. inutilis ſi ponas, jus pignoris, qvod in meo fundo creditor vindicat, à me

non poſſe transferri in creditorem alium, nec enim hoc; etiam ſi lis nunqvam mota fuiſſet, facere potuiſſem. Iniqva, † ſi aliud jus pi- 12.
gnoris tertio cuidam conſtituendi facultatem non habeam, qvi totam fundum (qvippe litigioſum haud factum) poſſem alienare. Et
† unus idemq; fundus pro pluribus debitis poteſt eſſe obligatus, pluribus poteſt ſervire. de realibus cumprimis ſervitutibus ſi loqvamur. 13.
in perſonalibus itidem urgemus, alienari rem poſſe. E. & ejus uſumfructum (cujus eqvidem difficilior cauſa eſt) conſtitui. Sed † 14.
qvid ſi negatoriâ ageretur? annon tunc reſpectu Rei, poſſidentis fortè jus ſervitutis; aliqvid operabitur alienationis prohibitio? Non videtur. Sicut † enim perſonalium ſervitutum natura hæc eſt, ut 15.
extraneo cedendo nihil agatur; *§. 3. J. de uſufr. §. 2. J. de uſu*; ita realium, ut nonniſi cum prædio migrent.

Non † ergò procedit, qvod habet Nicolaus de Milis: *in Repertor. §. litigioſa res. p. 77. col. 3.* in hypothecariâ rem litigioſam videri, non qvidem qvoad proprietatem, tamen qvoad hypothecam. 16.
item cum lis eſt de poſſeſſione, tunc rem dici litigioſam qvoad poſſeſſionem, licet non qvoad propietatem. Expreſſus † Wilhelmus 17.
Caſſadorus *deciſ. de Reſcript. 6. n. 2. p. 13. col. 2. & de cauſa poſſ. deciſ. 9. n. 10.* Cravetta, *conſil. 280. n. 3.* Hartm. Piſt. *lib. 1. q. 40. n. 9. 10.* per poſſeſſoria poſſeſſionem fieri litigioſam diſſentit † Sichardus. *ad auth.* 18.
litigioſa n. 7. C. de litig. rectè, qvid enim? an alienare prohibebitur reus poſſeſſorio conventus, & transferre poſſeſſionem? Id † verò idem 19.
negat Caſſadorus *ut lit. pend. deciſ. 4. n. 8.* in caſu beneficii, de cujus poſſeſſione mota eſt controverſia, & Ordinarium ibi non impediri, qvo minùs provideat, fatetur. Neqve † poterat diffiteri, niſi ipſam 20.
rem ita fieri litigioſam fateri voluiſſet. præſcindit † enim in hoc 21.
litigioſi tractatu alienatio â translatione poſſeſſionis & dominii; *arg. l. 4. §. 2. D. de alien. ind. mut. non obſt. d. l. 4. §. 1. de alien. ind. mut. cauſa.* ne, ſi prohibitio alienationis tantum ad translationem dominii pertineat, tantum verum dominium impediri, m. f. verò poſſeſſorem jus ſuæ poſſeſſionis liberrimè tractare & transferre poſſe ſeqvatur. Eadem contra † Menochium *de præſumt. lib. 2. præſ. 97. n. 13.* 22.
& peregrinum *de jure fiſc. lib. 4. tit. 6. n. 4. 5.* ubi rem ipſam alienari concedunt, poſſeſſionem negant, repetimus. Qvi enim † reus do- 23.

minium

qvæ de ſervitutibus competunt, communiter litigioſæ fieri poſſe cre-
duntur. qvod iterum, qvorſum pertineat, non ſatis perſpicimus: ni-
ſi fortè eò, ut v. c. fundo dominante (ſi confeſſoriâ) aut fundo, cu-
jus libertas defenditur (ſi negatoriâ actum fuerit) alienato, trans-
latoqve † ità ſervitutis aut libertatis jure, (qvippe qvod alienato 5.
fundo neqve penes alienatorem, qvi fundum amplius non habet, ,
remanere poteſt, *l. 12. D. comm. prædio.* nec, etiamſi litigioſum factum
eſſet, cum fundo non litigioſo ſaltem acceſſionis jure tranſire pro-
hiberetur) attamen alienator prædii maneat in lite, *ut l. 9. D. fin. reg.*
i. e. proceſſu, & exercitio tantùm litis, ſive cœptæ inſtantiæ. Cæte-
ra † inutiliter qværetur de ceſſione actionum, qvæ à prædiis divelli, 6.
& tertio neqvidem citrà litigioſi ſtatum cedi qveunt. Qvorſum e-
nim ceſſionarius ille v. c. Titius aget, Jus poſſeſſori mearum ædium
non eſſe agendi eundi per fundum Mævii, aut jus mihi non eſſe Mævii
fundo utendi fruendi. Idem † in confeſſoriis ſervitutum realium, 7.
idem in perſonalium, qvæ ob iſtam ſuam perſonalitatem penitus
reſpuunt & ſui & ſuarum actionum ceſſionem.

Hypothecariam † autem litigioſam fieri, cum Bartolo *ad l. 1.* 8.
§. ſi inter. n. 2. D. de litigioſ. exiſtimamus faciliùs, eamqve † eſſe ra- 9.
tionem qvòd Creditor, qvi hypothecariâ egit, jus ſuum in judicium
ita deductum cedere non poſſit. Jus † enim iſtud litigioſum factum 10.
eſt, ſi non ut res (incorporalis) tamen ut actio. Non, inqvam, ut
res, qvia res ex parte rei conventi fiunt litigioſæ. Inqvies: † Lice- 11.
bit ergò Actori transferre jus ſuum, ſaltèm ut rem, licet non ut a-
ctionem? Minimè. Idem enim jus & res eſt, & actio. Res eſt, cum
in ſe ſpectatur, actio cum reſpectum dicit ad perſecutionem, qvam
parit judicialem. Qvod ergò, jus Actoris litigioſum non fieri 12.
diximus ut rem, intelligendum eſt, qvod hoc modo non fiat litigi-
oſum directè fiet omninò per conſeqventiam. Et † qvis non videt, 13.
cavillari actorem, qvi in fraudem legis jus vel in re vel ad rem cede-
re ſe dixerit, non actionem.

Non † multùm diſſimilis eſt opinio Guidonis Papæ & 14.
poſt eum Menochii, *libr. 2. præſ. 97. nu. 14.* qvi in perſonalibus
inter actionem utilem & directam diſtingvunt, &, licet hæc non

 poſſit

Tantùm * monemus, ab hoc litigioſi genere non eſſe excipi- 24
enda Nomina. *Fac. quod habet Magnif. Dn. Franzk. d.l. n.9.* neqve re-
ctò chirographa ambigua rebus litigioſis (in ſpecie ita dictis, quæ
directò tales ſunt, & ad primum litigioſorum genus pertinent) con-
numerari à Perez. *num.1. C. de litig. quorſum etiam inclinat Rittersh. ad*
LL. 12. tab. claſſ.3. p.2. c.1. p.122. Movetur * ille L.3. C. de litig. ubi tamen 25
apertè chirographa à rebus litigioſis ſeparantur. Neque * tàm ob 26
ambiguum aut obſcurum verborum ſenſum, aut ob literas dubiè
exaratas, qvàm ob ambiguum & litigioſum jus actionis, ambigua
appellantur. non enim, cùm legatur chirographum, charta illa vi-
detur legari, ſive ſchedula, ſed ipſa actio ex obligatione ſecundùm
illam ſcripturam contractâ competens.

VI. LIS REALIS.

Vidimus, * quæ res ſint litigioſæ, quæ actiones? Quomodo fiant 1.
litigioſæ, etiam videndum? De actionibus nihil dicam, quas eo
ipſo, qvod exercentur, litigioſas fieri patet. De * Rebus res altioris 2.
pauló eſt indaginis. Et illud qvidem primò conſtat, eas litigioſas
non fieri per denunciationem extrajudicialem qvamcunque. (ita
enim generaliter Gudelin. *de iure noviſſ. lib.3. c.15 n.19. & alii.*) ſive * de 3.
re ſingulari judicio petendâ loquamur ſive de univerſali. *Hilliger. ad*
Donell. libr.19. c.14. N. diſſent. (*qvoad univerſalia iudicia*) *Sichard. ad l.1.*
n.10. C. de hered. petit. licet * enim in his maximè extrajudicialis etiam 4.
denunciatio poſſeſſorem in malâ fide conſtituat: *L. 20. §.11. D. de he-*
red. petit. mala tamen fides ad vitium ligitioſi nuſpiam dicitur ſuffi-
cere, nuſpiam * alienationes impedire, *§. furtivæ 2. verſ. qvamvis ipſe.* 5.
J. de uſucap. non obſt. l.5. pr. D. de hered. petit. ubi non de Juris ſed
Prætoris inhibitione agitur, *diſſentit Bartol. ad d.l.5. nn.* eâque poſt pe-
titionem demùm, non ante controverſiam impetrandâ *l. fin. §.2. de*
doli mali exc. non obſtant. d. l.5. pr. ibi: de qvâ controverſia erit. Quibus
verbis Imperator de futuris caſibus ſe innuit cogitaſſe.

Neqve * majoris (qvoad litigioſi vitium) momenti eſt de- 6.
nunciatio impediendæ venditionis causâ, ſive emtori. *l.17. C. de reſc.*
vend. ſive venditori, facta *l.1. pr. D. de litig.* à debitore, contra vendi-
tionem pignoris à Creditore tractatam fortè proteſtante. *L.2. C. eod.*

 maxi-

Digitized by Google

7. maximè * ſi iſte denuncians non offerat debiti ſolutionem. qvâ aliàs oblatione, quamvis non faceret rem litigioſam, attamen impedire poſſet alienationem pignoris; *L. fin. C. debitorem venditionem pign. imped. l. fin. C. ſi antiqvi. cred. pign.* tanqvam ob defectum conditionis illius, SI PECUNIA NON SOLVATUR, ſub qvâ Creditori (ex pacto ſive tacito ſive expreſſo) facultas diſtrahendi erat conceſſa. §. 1. *verſ. ſed hoc forſitan J. quib. alien. lic. l. 4. D. d. pign. act.*

8. Sed * etſi ipſe debitor pignus poſſideat precariò, *ut l. 29. de pign. act.* ea tamen precaria poſſeſſio non obſtabit diſtractioni cre-
9. ditoris qvaſi ex capite litigioſi. *l. 2. l. 14. C. de diſtr. pignor.* ut * nulla ſit neceſſitas corrigendi textum L. 1. C. de litig. cum Gloſsâ, *ad d. l. 1.* & ibi nomina CREDITOR & DEBITOR commutandi ſive transponendi
10. licet illa correctio abſurdum ſenſum non ſit paritura. verum * enim eſt, rem oppignoratam neqvidem reſpectu debitoris fieri litigioſam. Expreſsè Imperator *nov. 112. c. 1. verſ. ab hoc autem.* ab hoc litigioſi vocabulo hypothecas ſeparat, ut ſine vitio à debitore poſſint ven-
11. di, ſive * ſpeciales ſint, ſive generales. Generales enim (inqvit) multò magis litigioſi vocabulo nolumus contineri. & ità legitur in recentioribus hodie editionibus. appoſitè ſatis ad Græcum textum. ex qvo Covarruvias *pract. quæſt. c. 15. num. 6* vulgaris lectionis MULTÒ MAGIS VOLUMUS vitium notat, ſubſtituens MULTÒ MINUS VO-
12. LUMUS. Qvidqvid * ſit, nulli dubitamus, qvin à litigioſi vitio ex mente & ſententia iſtius diſpoſitionis omnis generis hypothecæ & pignora excludantur, ſive ſint conventionalia, ſive legalia, ſive præ-
13. toria. Qvorum * qvædam ſpecies cùm videatur eſſe jus Arreſti, *v. Excell. Dn. Struv. Rector hodiè noſtræ Salanæ Magnificus. Exerc. Jurid. 20. th. 10.* ſeu jus illud reale, qvod ex conſuetudine & Conſtitutionibus Saxonicis Creditori in bonis debitoris tribuit Arreſtum; *Conſt. Elect. 28. par. 1. Ordin. Proc. Sereniſſ. Elect. Saxon. tit. 48. pr. & tit. 51.*
14 §. Was dann den andern. Arreſtatio * bona debitoris non faciet litigioſa. *Coler. de proceſſ. execut. par. 2. c. 3 n. 463. & ſeqq. Gail. de Arreſt. c. 14. n. 11. Magnif. Dn Carpz. par. 1. conſt. 29. d. 4. contra Modeſt. Piſtor.* neqve vitiabit inſeqventes alienationes à debitore factas, hypothecariâ
15. ſcil. ſalvâ manente creditori. *Magnif. Dn. Carpz. d. l.* Secus * eſſe putat Colerus *d. l. n. 474. & ſeqq.* in ſeqveſtratione propriè ita dicta, ubi

c.g.

e. g. clauduntur tabernæ (ſunt verba Coleri) vel horrea debitoris, aut aliter intutum reponuntur & cuſtodiuntur merces vel fructus, ibi enim bona quodammodò vitio litigioſi affici, ita, ut bona poſt incluſionem aut ſeqveſtrationem alienata pro non alienatis habeantur. Incluſionem enim ſapere quandam qvaſi traditionem poſſeſſionis, *per l. 9. D. in qvibus cauſis. pign. l. 56. locati*, & inſtar miſſionis eſſe, qvamvis rarò iſta ſequeſtratio concedatur, & Judex ferè per præceptum tantùm de non alienando debitoris libertatem coerceat. Qvæ qvidem * utut ſeſe habeant omnia, certum tamen eſt, bona ita ſeqveſtrata propriè non incurrere vitium litigioſi. Nulla ibi movetur cauſa de dominio, neqve traditio ibi aliqva eſt, qvæ transferat dominium rei ſequeſtratæ. Neque ſequitur ſtatim: alienationem impediri, E. rem fieri litigioſam. Denique eam ſaltem exiſtimamus eſſe Coleri mentem, perinde per ſequeſtrationem conſuli ſecuritati creditoris, atque ſi res debitoris eſſent in ſtatu Litigioſi. 16.

Ut * ergò propiùs ad rem accedamus, denuò noſtri repetimus Juſtiniani verba: Litigioſa res eſt, de cujus dominio cauſa movetur. 17.
Habemus, * qvod qværimus. Cauſa de dominio (principaliter ſcil. 18.
non incidenter) mota, rem, quæ principaliter eſt in controverſiâ, facit litigioſam, i. e. rei vindicatio. ſive * directa ſit, ſive utilis ex dominio per Prætorum ficto, (ut Publiciana, *Azo n. 1. C. de litig.*) aut eo, quod utile appellant. *Magnif. Dn. Carpz. par. 1. Conſt 32. d. 22. Pract. Ferrar. tit. forma reſponſi. rei conventi. verb. exceptionem litis pend. n. 3. p. 69.* ut * emphytheutica etiam & feudalia bona fieri poſſint litigioſa; *Sichard. ad auth. litigioſa. n. 5. C. de litig.* ut & * eccleſiaſtica illa beneficia, *c. 1. & 2. X. ut lit. pend. in 6. Clem. 1. ut lit. pend.* quorum jus in utili dominio conſiſtit, *arg. c. 6 §. ad hæc. X. de except. c. 17. de præbend. in 6. non obſtat. c. 2. X de donat. Caſſador. decis. aur. tit. de cauſa poſſ decis. 9. n. 8. Nic. de Milis Repertor. §. litigioſa res p. 78. col. 1.* Eadem * ad Jurisdictiones extendit, & eas per actiones de ipſis conſtitutas itidem litigioſas fieri, ſtatuit Peregrin. *de iure fiſc. lib. 4 tit. 6. n. 7.* fortè propter affinitatem, qvam habent cum dominio privato. Qvæ * etiam ratio facit, ut non ſatis commoda videatur actionum confeſſoriarum ad vindicandam jurisdictionem vulgo à Dd. facta applicatio. 19. 20. 21. 22. 23.

Porrò, * qvia jus hereditarium dominium quaſi quoddam eſt 24.

uni-

Digitized by Google

univerſitatis, *l.24.de V.S. Theophil. Inſt. de reb. corpor. non obſtant. l.4. princ. comm. divid.* & dominium inſuper ſingularum rerum præſumtivè, aut (quatenus earum patitur conditio) indefinitè ſub ſe comprehendit;
25. *L.37. de acquir. hered. l.80 de leg. 2.* hereditatis * petitio res hereditarias tàm univerſas, *non obſt. l.1. C. de hered. pet.* qvàm ſingulas, *non obſt. l.20. §. 16. l.5. pr. de hered. pet.* litigioſas facit. *Menoch. d. l. n. 22.* quemadmodum etiam familiæ erciſcundæ judicium *l.13. famil. erciſc.* & in genere mixtæ actiones. *Hartm. Piſtor. lib.1. q.40. n.11.12.* Quod * ultimum
26. equidem non usqveqvaqve eſt expeditum. (1) ſunt enim fam. erc. comm. divid. & fin. reg. judicia duplicia, ita, ut idem poſſit eſſe petitor & poſſeſſor. *l.10 fin. reg. l.44. § 4. fam. erc.* (2) econtrario contingere poteſt, ut neuter ſit poſſeſſor; *l.3. D. comm. divid.* cum tamen ad hoc, ut res fiat litigioſa, cauſam moveri oporteat inter petitorem & poſſeſſorem. *Auth. litigioſa C. de litig.* (3.) Nec in diviſoriis qvæſtio eſt de dominio, ſed de diviſione. *Baldus ad l. 1. n 5. C. comm. divid.* (4) Cum primis communi dividundo judicium etiam non-dominis competere, *l.7. § 6. & 7. D. comm. divid.* (5.) & fines litigioſi alienari poſſe dicuntur. *l.9. D. fin. reg.* In * contrarium tamen movemur non
27. tantùm mixtione harum actionum, ſecundùm qvam pro vindicatione rei ſunt: *l. 1. D. fin. reg.* verùm etiam alienationis poſt litem prohibitione. *l.1. C. comm. divid. quicquid ibi excogitaverit gloſſa. cui opponimus Baldum ad d. l.1. num.6.* Nulla * itaqve (1) conſeqventia eſt:
28. eundem eſſe petitorem & poſſeſſorem. Ergò cauſam non agi inter petitorem & poſſeſſorem. qvia enim duplicia ſunt judicia, ideò & alter erit petitor, ſuâqve petitione rem ab adverſario poſſeſſam faciet litigioſam. (2.) * Qvod ſi neuter poſſideat, neq; tùm rem
29. litioſam fieri, concedam lubens. *l.1 §.1. D. de litigioſ.* (3.) * In diviſoriis
30. de utroque agitur, & de diviſione; & de dominio. agitur enim de dominio, quod hactenus indiviſum erat & unum, diſtinguendo, & ità diſtinctum declarando. (4.) Illum * enim caſum excipimus, ubi
31. non dominis, neqve ſub ſpecie dominii ea judicia dantur. Non magis, concedimus, res ibi fient litigioſæ, qvàm ubi confeſſoriâ agitur, aut hypothecariâ, aut ubi actiones illæ, comm. divid. fam. erciſc. & fin. reg. ſunt merè perſonales. (5.) Fines * litigioſi cum fundo
32. non litigioſo alienari benè poſſunt ut loca modica & acceſſoria, *l. 22. D. de contr. emt.* vel ut partes iſtius fundi, qvomo-

dd

dò etiam actiones litigioſæ cum univerſitate transferuntur; *l. 2. §. 8. D. de hered. vel act. vend. adde l. 62. de adqvir. rer. dom.* purgata ſuſpicione malitiæ, qvæ aliàs in litigatore alienante ſolet præſumi. Solos † autem fines litigioſos non alienato fundo alienari, patiendum non eſt. 33.

Et hæ † ſunt illæ lites, qvæ rem faciunt litigioſam, modò non fuerint calumnioſæ. *arg. l. 1. §. 1. D. de litig.* Calumnioſæ lites vitium litigioſi non inducunt. *Caſſador. deciſ. aur. tit. de dolo & contum. deciſ. 7. nu. 1. & ſeqq.* nec † impediri debet alienatio, ubi de nonjure conſtat adverſarii, *arg. l. fin. D. qvod metu cauſa. Magnif. Dn. Franzk lib. 1. reſol. 11. n. 85. & ſeqq.* aut de ejus fraude; ut † ſi debitor juſtam pignoris venditionem impediturus rem opignoratam à Creditore vindicet. *de qvo caſu aliàs diſputat Baldus ad l. 1. C. de litig.* Imò † etiam pendente lite ſi experit de calumniâ conſtare, qvaſi deſinere vitium rei, & poſſe eam alienari, tradit Paſethus, *allegatus à Menoch. lib. 2. præſ. 97 num. 48.* Conſtare † verò debet de calumniâ evidenter, non per conjecturas & præſumtiones tantùm qvalis † tamen illa eſt, qvam exempli loco ad priorem regulam malè adducit Caſſadorus, *d. l.* ſi qvis citari fecerit morti proximum cùm poſſit hoc caſu fraus Actori, variis excuſationibus reddi dubia. Aliâ † ratione evitari in illo caſu putaverim litigioſi ſtatum propter vitium & nullitatem citationis, *confer Herculan. de Attent. c. 6. num 48.* qvæ † ſicut ad furioſam, alibi ſiſtendum cadaver proſeqventem, nubentem, uxorem ducentem, aut funus, &c. fieri non poteſt. *l. 2. l. 3. l. 4. pr. de in ius voc.* ità nec ad moribundum illum, qvi jamjam ultimas vitæ metas obiturus, lucem obtutu ſupremo anqvirit; cætera nihil, qvid agatur, ſentiens, niſi hoc unum: animam, ab æterno illo Judice evocatam, è ſtatione modò ſuâ abiturire tremulam; qvodqve ſuperfuerit tùm terreſtris maſſæ, cadaver ſtatim futurum, atqve ipſiſſimum ſu us. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41.

Enim verò, † ut litigioſi contrahatur vitium, ipſum judicium legitimè oportet eſſe conſtitutũ, i. e. & cauſam à legitimis & habilibus perſonis motam, & Judicem eſſe competentem: *fac. Clem. 2. ibi: à Judice competente X. ut lit. pend. v. Lancellott. de Attent. c. 4. præfat. n. 49. & ſeqq. & n. 475. & ſeq. & limit. 3. n. 4. qui dubitat. confer Magnif. Dn. Franzk d. l. nn. 89. 90.* ſive † tamen ipſe cognoſcat, ſive delega- 42. 43.

 tus

tus ejus. nam etiam coram delegato rem fieri litigioſam Baldus *ad*
44 *auth. litigioſa. C. de litig.* & alii communiter tradunt. Qvid † ergò
de Judice ſuſpecto? Putamus, ſicut ejus recuſatio poſt cœptam etiam cauſam, fortè ex cauſâ noviter emergente facta, non tollit litis pendentiam aut vitium litigioſi, ita eandem ab initio factam ſtatim
45 poſt citationem hoc vitium non impedire. At † ubi ab impubere
46 minore, procuratore falſo lis movetur, nihil agitur. ubi † coram incompetente Judice, nihil; niſi prorogatâ Juriſdictione, conſenſu partium factus fuerit competens. *qvomodò intelligenda l. 2. C. de Ju-*
47 *riſdict. confer Magnif. & Excell. Dn.* Struv. *Exercit. 3. §. 19.* Id † qvod ad Arbitrum non eſt extendendum. Arbiter Judex non eſt; nec Arbitrium Judicium. Ut ſponte ſuâ hinc fluat, per Arbitrium non fieri rem litigioſam. *Feller. in not. ad Marant. part. 4. diſt. Judic. 3. n. 7. (ubi ita teſtatur deciſum in Conſtitutionib. Regiis Neapolit.) Jaſon. in l. is apud quem. nu. 19. 20. C. de edendo, & l. filiusf. 17. §. divi in 1. lect. de legat. 1. diſſentit Lancellott. de Attentat. c. 4. præf. nu. 500. & ſeqq. & c. 15 per tot. la-*
48 *tiſſimè. & c. 3. n. 105.* Et † qvomodo pendentia proceſſus coram Arbitro rem poſſit facere inalienabilem? Qvod non poteſt inducere ſententia, nec poteſt litis pendentia. atqvi Arbitri ſententia non poteſt impedire alienationem. *ita argumentatur Baldus ad l. 1. n. 8. C. comm. divid. per cap. 18. verſ. dilectus. X. de teſtam. non obſtant. L. pen. D. de recept.* vires enim ſumit ex pactis compromittentium, qvæ, licet facere poſſint, ut contra pactum faciens ad intereſſe teneatur, alienationem tamen ipſam directè prohibere aut infirmare neqveunt.
49 *Bartol. ad l. filiusfam. 117. §. divi. n. 14. 15. D. de leg. 1.* Nec † obſtat principali noſtræ ſententiæ (1.) Ita facilè præjudicari poſſe Actori, facilè eludi poſſe compromiſſum, ſi reus rem alienet. (2.) compromiſſum ad ſimilitudinem Judiciorum redigi *l. 1. D. de recept.* (3.) citationem ibi fieri, & litis conteſtationem. (4.) electionem ad beneficium, ſuper qvo compromiſſum erat in Archiepiſcopum Colonienſem,
50 prohiberi *c. 10. X de arbitr.* Nimirum † (1) ſufficit adverſus Reum
51 alienantem pœnam committi. *l. 30 D. de recept.* (2.) Claudicat † autem omne argumentum à ſimilitudine petitum, qvoniam ipſum ſimile claudicat. Ne hoc vult JCtus, exæqvationem aliqvam judiciorum & compromiſſorum factam eſſe, ſicut legatorum & fidei

com-

commiſſorum *l. 1. de legat. 3.* ſed qvòd ad ſimilitudinem & imitationem judiciorum compromittere ſoleant litigantes, qvæ etiam continuationis ratio inter illum tit. de receptis, & præcedentes datur à Weſembec. *n. 1. D. de recept.* (3.) † Citatio & litis conteſtatio, ſi qvæ 52.
ibi locum habeant, & iisdem veniant nominibus, ad faciendam rem litigioſam non ſufficient ibi magis, qvàm in confeſſoriis, aut 53.
aliis Judiciis, ad hoc inhabilibus. (4.) In † d. c. 10. non agitur de prohibitione legis, ſed Judicis duntaxat, qvam alibi diximus ad arguendum litigioſi vitium nihil prodeſſe: finitum etiam jam erat prohibitionis tempore compromiſſum, atqve cœperat Archiepiſcopus vi ordinariæ poteſtatis negocium tractare. Ordinarius enim in illo textu idem eſt Archiepiſcopus Colonienſis, atqve † nobis non irra- 54.
tionabilem ſuppeditat exceptionem: Rem fieri litigioſam, compromiſſo in Ordinarium (aut delegatum) facto, ob concurſum ibi poteſtatis duplicis. Tàm † enim in Delegatum qvàm in Ordina- 55.
rium, & utrobiqve tanqvam in arbitros (non tantùm tanqvam in arbitratores,) cum adjectione etiam pœnæ in caſum non ſervati arbitrii, compromitti poſſe, textus *in c. 5. 7. 10. 13. X. de arbitr. c. 21. X. de præbend. non obſt. l. 9. §. 2. de recept.* abundè probant. neqve † qvo 56.
ad delegatos admittenda eſt diſtinctio Bachovii *ad Treutl. de Judic. th. 6 f. p. 475.* inter delegatos ad certam cauſam, & ad univerſitatem; qvaſi in hos demùm, non item in illos compromitti qveat. Ne † 57.
dicam, delegatos iſtos, qvos ad Univerſitatem appellat, delegatorum nomine vix venire, qvippe ordinariam habentes poteſtatem. *c. 2. X. de offic. Leg. in 6.* etiam † in d. c. 7. X. de arbitr. & in d. c. 21. X. 58.
de præbend. expreſſi habentur caſus facti in delegatos ad certam cauſam compromiſſi.

Sed † ut eò revertamur, unde digreſſi eramus, per alias reales 59.
actiones rem non putamus fieri litigioſam, non, inqvam per confeſſorias aut negatorias, neqve per hypothecariam. De † re corpo- 60.
rali modò loqvimur, (ipſa enim ſervitutum jura & hypothecarum an fiant litigioſa, diſputatum & negatum jam eſt. *poſ. 4. n. 6. & ſeqq.*) atqve, excepto Menochio *de præſumt. libr. 2. præſ. 97. n. 26. 27. qvi quia in nov. 112. ſola hypothecaria excipitur, per confeſſoriam dicit rem fieri eodem modo litigioſam, qvà in tali (intelligit rei vindicatione)* conſentientes habe-

61. habemus in eo Doctores, qvos vidimus omnes, niſi * quod in con-
feſſoriâ de uſufructu, cum is proprietatis *L.8. pr. D. de reb. auth. iud.* &
portionis inſtar habeat, *l.76.§.2. de leg. 2. l.58. de V.O.* ſive, ut alibi di-
citur, pars ipſius ſit dominii; *L.4. D. de uſufr.* exceptionem ponunt
multi. *Gloſſ. ad Auth. litigioſa. verb. dominio C. de litig. Bald. ibid. n. 2. Si-
chard. ibid. n. 12. Bartol. ad l. 1. § 1. n. 2. D. de litig. Petrus de Ferrar. pract. tit.
forma libelli in act. reali. verbis: veris ac legitimis. n. 59. Mynſ. cent. 1. obſ 55.*
62. *n. 2. Peregrin. de iure fiſci lib. 4. tit. 6 n. 3.* Qvæ * ſcil. exceptio, qvoniam
adductæ illæ de uſufructu doctrinæ partim cauſalem uſumfructum,
partim emolumenta ſolùm ex re provenientia, non etiam juris ipſi
63. aut actionis genus reſpiciunt; placere non poteſt. Nicellus * *in Pace
Jur. concord.* 115. Bartolum excuſare ſtudens, controverſiam de uſu-
fructu tum rem facere, ſcribit, litigioſam, cum eſt de uſufructu cau-
64. ſali. Verum * neque Bartolum, nec ullum alium allegatorum ſu-
65. prà Authorum crediderim ita ſenſiſſe. neque * prodita eſt in Jure
66. noſtro ſingularis actio, qvâ cauſalis ille uſusfructus petatur: Sed *
aut res ipſa ab adverſario civiliter poſſidente vindicanda eſt, atque
per conſequentiam uſusfructus unà cauſalis; & res litigioſa fiet pro-
pter iſtam rei vindicationem, non propter ſubintellectam & impli-
67. citam cauſalis uſusfructus petitionem: aut * adverſus eum, qvi pro
uſufructuario poſſidet, agendum negatoriâ, quæ reſpectu uſusfru-
ctus formalis ita dicitur; & tum res eqvidem non fit litigioſa, Ad-
verſarius tamen eo ipſo, qvod uſufructuarium ſe contendit, alienan-
di nullam habere facultatem intelligitur ſatis.

68. X. Circa * hypothecariam verebetis, ne, ſi res per eam non fiat
litigioſa, malatia debitoris, lite pendente rem obligatam alienantis,
nimiùm nocere poſſit Creditori. Utut, inqvies, in lite maneat debi-
tor iſte, & utut creditor in eâ ſuperior exiſtat, eadem tamen ipſi (cre-
ditori) noviter tela pertexenda erit, qvi novo proceſſu adverſus no-
vum poſſeſſorem, opus habebit. Executionem enim contra novum
poſſeſſorem ſine novo proceſſu fieri non poſſe, ex hôc ipſo funda-
mento docet Bartolus *ad L. creditoret. n. 23. C. de pignor.* Perges: Et ubi
novus hic proceſſus inchoatus fuerit, novus poſſeſſor excuſſionis op-
ponet exceptionem. *auth. hoc ſi C de pign.* atqve denuò miſero credi-
tori redeundum erit ad debitorem principalem, qvem perſonali

actio-

actione per aliqvot menſes aut annos etiam examinatum, ſi non
ſolvendo etiam deprehenderit, tandem exanimato penè tot moris
creditori licebit hypothecam perſeqvi, niſi novis interim nodis rem
implicuerit ſui juris tenaciſſimus poſſeſſor. Occurrere * verò huic 69
malo poſſumus duplici remedio: Uno, ſi in caſu pignoris litigioſi
venditi ceſſare dicamus exceptionem iſtam excuſſionis, *Colerus de
proc. Exec. par. 1. c. 10. n. 402.* qvæ † etiam citrà vitium litigioſi deficit, 70
ubicunque poſſeſſor rem alteri oppignoratam ſciens emit. *Magnif.
Dn. Carpz. par. 2. conſt. 18. d. 19.* Et † ergò vigilare tum debet actor 71
Creditor, & maturè denunciare emtori, ne is ignorantiam poſteà
poſſit aliqvam prætendere. Alterum † remedium promtius eſt ex- 72
peditius, qvod habet Covarruv. *pract. qvæſt. 15. n. 7.* contra doctri-
nam iſtam Bartoli, ut omninò ſine novo proceſſu ſtatim executio
adverſus iſtum poſſeſſorem fiat, qvaſi † in fraudem, non creditoris 73
duntaxat, ſed ipſius Judicis & futuræ executionis factâ alienatione,
ſiqvidem † litis pendentiæ conſcius fuerit emtor. In qvo qvidem 74
emtor iſte differt ab emtore rei reverâ litigioſæ, qvòd † in hunc ſci- 75
entiæ aut ignorantiæ nulla habitâ ratione executio tranſeat indi-
ſtinctè.

VII. LIS PERSONALIS.

QVod † ſi ergò neqve Confeſſoriæ aut Negatoriæ; nec hypothe- 1
caria rem faciunt litigioſam, multò minus eam talem facient
Actiones perſonales. Et ita ſentiunt Romanus *Conſil. 270 n. 3.* [ubi
hanc dicit eſſe communem.] Hartm. Piſt. *libr. 1. q. 40. nu. 7.* [Ubi
eam dicit eſſe magis communem] Calcan *conſ. 115.* Fabian de Monte
de Emt. q. 4. n. 34. Magnif. Dn. Carpz. *par. 1. conſt. 32. d. 22.* Bartol. *ad
l. 1. C. de litigioſ.* & alii multi, Matth Colerus, Baldus, Petrus de Fer-
rariis, Petrus de bella pertic. Jacob, Butricarius, Faber, Cynus,
Albericus, Angelus, Innocentius, Joh. Andreæ, de Afflictis, Me-
nochius, Hoſtienſ. Guid. papa &c. Diſſentiunt † Covarruvias *pract.* 2
qvæſt. 15. n. 6. [qvi hanc opinionem foro & praxi utiliorem, & judi-
ciorum authoritati conducibiliorem eſſe dicit] Bartol: *ad l. 1. §. ſi inter
n. 2. D. de litig.* Felin. *in c. 10. n. 8. X. de except.* Gail. *l. 1. obſ. 118. n. 3.* Jaſon. *l. 2.
conſ. 43* [ubi ab hac opinione in judiciis diſcedere temerariũ eſſe dicit

Digitized by Google

Sed Cravetta *conſ. 279. n. 1.* ſcribit, ſe mirari de Jaſone, qvod auſus illud fuerit loqvi contra communem in favorem fiſci, cum potiùs inſurgere Doctorem oporteat contra fiſcum, ubi non agitur de naturaliter prohibitis, *juxta l. 10. D. de iure fiſci*, & verò Jaſonem plura perperam ſcripſiſſe in ſuis conſiliis contra communes, veras & æqviſſimas ſententias] & alii multi, Imola, Alexander, Barbatus, Angelus, Decius, Ripa, Salicetus, Accurſius, Tiraqvellus, Socin, Senior, Berojus, Oſaſcus, Peregrinus, &c. Dubitat Bacchov. *ad Treutl. de Judic. th. 2. A. p. 455.*
3. Negat † Covarruvias conſeqventiam argumenti ab hypothecariâ ad perſonales, qvòd in hypothecariâ res tranſeat cum onere; ideoq; nihil præjudicetur actoris juri per alie-
4. nationem. Sed ea † ſi ſubſiſteret ratio diverſitatis, ne qvidem per rei vindicationem res fieri debuiſſet litigioſa. Nec enim alienando magis auferre poteſt poſſeſſor verò Domino dominium, ejusqve etiam contra novum poſſeſſorem perſecutionem, qvàm debitor jus hypothecæ Creditori.

5. Cæterum † pleriqve diſſentientium diſtingvunt inter actiones perſonales, qvibus agitur ad rem aliqvam certam & in ſpecie (non qvantitate) conſiſtentem obtinendam, (qvas Felinus *d. l.* perperàm appellat in rem ſcriptas) ut ex ſtipulatione, emtione, &c. & eas, qvibus vel de qvantitate, vel opere in re facto contenditur per has
6. † negant rem fieri litigioſam, per illas affirmant, (1.) Ut ejusdem juris ſit Reus cum actore, *arg. l. 41. de R. J.* cujus actio ſit litigioſa. (2.) per l. f. C. de litig. (3.) maximè cum in prædictis actionibus de dominio qveratur: (4.) & actor, v. c. emtor, præciſè ad rem tradendam agere poſſit. (5.) Aliud exemplum habet Gail. *lib. 1. obſ. 148. n. 3.* in actione redhibitoriâ, ubi emtor agebat adverſus venditorem, ut receptâ re vitioſâ pretium reſtitueret; & poſteà venditore recipere recuſante licentiam rem illam, perituram aliâs, non obſtante litigioſi vitio alienandi petebat & impetrabat. (6.) Et in genere rem, qvæ in obligatione eſt, fieri litigioſam, videtur innuere c. f. cauſa 11. q. 1. ibi: cui potius debeatur. junct. l. 27. §. 2. de aur. & arg. leg. Ve-
7. rum † (1.) æqvalitas illa inter Reum & Actorem neqve perpetua eſt. *l. 125. de R. J.* (cum ipſi diſſentientes diſtingvant) nec d. l. 41. proba-
8. tur. In † noſtro etiam caſu vel ea ſufficere poteſt æqvalitas, qvod, ut

ut actor actionem litigioſam cedere, atqve Reo novum Adverſarium objicere neqvit, ita neqve Reus perſonalem obligationem, translatâ licet re debitâ, transferre, aut actori novum Adverſarium objicere poſſit. (2.) † Generalitas L. 2. & L. fin. C. de litig. per verba d. 9.
L. 2. ibi: à Reo detentis & d. l. fin. ibi: qvas poſſidet, ad res reali actione petitas; imò diſertè per nov. 112. c. 1. ad res, de qvarum dominio qværitur, eſt reſtricta per qvandam velut explicationem ſive interpretationem. d. nov. 112. prælat. ut † non ſit neceſſe, cum Sichar- 10.
do *ad Auth. litigioſa. n. 9. C. de litig.* ad aliqvam iſtarum LL. correctionem confugere. Inſtat † Covarruvias: in d. nov. Imperatorem tan- 11.
tùm circa reales actiones diſpoſuiſſe, circa perſonales nihil. Sed † 12.
fallit Ille. Concedimus, nihil diſpoſuiſſe Imperatorem de actionibus perſonalibus, qvomodo fiant litigioſæ; cum ne de realibus qvidem ibi diſpoſuerit hôc ſenſu qvidqvam. At nos de rebus qværimus, de qvibus, qvomodo fiant litigioſæ, utiqve diſpoſuit Cæſar. & ergò definitioni earum modum inſerendo, ſolius verò actionis realis ibi mentionem faciendo, perſonales excluſas voluiſſe exiſtimandus eſt. (3.) in † qvibus, ut ut actor dominii adqviſitionem in- 13.
tendat, cauſam tamen de dominio declarando moveri, aut dominium in controverſiam vocari, falſum eſt. (4) Illam † controverſiam 14.
de re præciſè tradendâ hâc vice non faciemus noſtram. Poſitâ tamen iſtius traditionis neceſſitate, ea aut ad caſum, qvo rei traditio adhuc eſt in poteſtate Rei, limitanda eſt; aut † per idem remedium 15
ſuccurremus Actori, per qvod ſuprà Creditori hypothecariâ agenti: ut executio adverſus novum emtorem, ſiqvidem litis pendentiæ fuerit conſcius, tranſeat; non ob vitium litigioſi, ſed tanqvam ob tentatam defraudationem executionis & Judicis. qvomodo ipſe Covarruv. *d. l. n. 7.* ſuccurri putat actori in cæteris illis perſonalibus actionibus, per qvas ipſe concedit rem non fieri litigioſam. Qvod
† ſi ſecundus iſte emtor litem ignoraverit, ſufficere Actori debet, 16.
qvod adhuc indemnis eſſe poteſt, & à venditore ſuum conſeqvi intereſſe. id enim æqvius videtur, remitti actorem ad injuſtum venditorem, qvàm innocenti emptori inſultari, atqve non ſine inſigni ipſius moleſtiâ aut damno rem extorqveri, majori ſcilicet habitâ ratione bonæ fidei in emptore, qvàm fraudis in venditore, niſi vendi-

tori

tor ſit non ſolvendo. *L. 13. §. fin. verſ. Pomponius. D. de minorib.* (5.) In
17. † exemplo Gailii res ſecundum ſenſum noſtrum neutiqvam fit liti-
gioſa, qvippe qvam tantùm abeſt ut actor petat, ut potiùs, cum e-
18. am poſſideat, averſetur & repudiet. Qvòd † autem alienandi, im-
petrat licentiam, non ad litigioſi conditionem referendum eſt, ſed
eò, ut excuſetur Actor, ſi ſententiâ pro ſe latâ rem ipſam non exhi-
beat. qvod ipſum pretium recipere volentem, facere aliàs oporte-
19. ret. (6.) † Verbum DEBERE ut & obligationis nomen adeò latè
nonnunqvam uſurpantur, ut etiam realibus actionibus conveniant.
pr. J. de action. §. 5. J. de except. adde L. 34. pr. de aur. & arg. leg. l. 178. §. fin. de V. S.

20. Qvid † ergò de actionibus commodati, depoſiti, & ſimilibus,
per qvas Actor ſuum repetit plerunqve? Et imò qvid de actionibus
in rem ſcriptis, ut, qvod metus cauſa, *l. 9. §. fin. qvod metus cauſa.* &
eâ, qvæ ex jure protimeſeos legali vel ſtatutario competit ad reſcin-
dendam venditionem? aut qvæ ex jure relutionis itidem ſtatutario
ad redimendam rem, creditori prodebito adjudicatam? *Magnif.*
21. *Dn. Carpz. par. 1. conſt. 32. d. 53.* Putamus, † neutrubi qværi de domi-
nio declarando, neutrubi etiam fieri rem litigioſam. *diſſentit qvoad*
actiones in rem ſcriptas Menoch. lib. 2. præſumt. 97. n. 19. poſt Afflictum.
22. accommodari † tamen iterum in ſubſidium poſſe remedium *ſuprà.*
23. *n. 15.* relatum. Citra † qvod in priori etiam actionum genere, ſi a-
lienet Reus, ſufficiet Actori, actionem e. g. depoſiti, commodati
adverſus alienantem ſalvam manere, & inſuper naſci actionem fur-
ti. §. 2. *verſ. unde in rebus J. de uſucap. l. 67. pr. l. 76. pr. D. de furt.* qvod-
qve † alienatore fortè non exiſtente ſolvendo, per revocatoriam re-
24. ſcindere alienationem, aut ſi ſit Dominus rei commodatæ &c. eam
ſtatim vindicare poſſit à novo poſſeſſore. In † ſecundo actionum
25. (in rem ſcriptarum) genere factâ licet alienatione, litem nihilomi-
nus contra Reum continuari, eumq; ad intereſſe omne condemna-
ri, alienationem verò ſubſiſtere (& per conſeqvens rem litigioſam
factam non eſſe) ipſa confirmat L. 4. §. 1. D. de aq. & aq. pluv.
arc. nam † & actio de aqvâ pluviâ arcendâ in rem eſt ſcripta. *per*
26. *l. 12. D. de aqv. & aq. pluv. Magnif. & Excell. Dn. Struv exercit. 31. §.*
27. *30.* Et † ergò qvod actiones in rem ſcriptæ rem comitari dicuntur,

poſt

poſt litem conteſtatam non obtinebit. Et † huc applicari benè po- 28
terit argumentum ab hypothecariâ & confeſſoriis, qvæ, qvamvis
rem comitentur, utpotè reales, litigioſam tamen propterea rem
non faciunt.

Sed † & poſſeſſoria, qvæ itidem perſonalia in rem ſcripta eſſe 29.
adſeruntur, *l. 1. §. 3. D. de interdict.* vitium tamen litigioſi inducere
rectiſſimè negant Gail. *lib. 1. obſ. 118. n. 5.* Fabian de Mont. *de Emt. q.
4. n. 33.* Bartol. *ad l. 1. §. ſi inter. n. 2. D. de litig.* Hartm. Piſtor. *lib. 1. q.
40. n 9. 10.* aliiqve complures ferè communiter. & in ſpecie de bene-
ficiis, qvod per poſſeſſorium non fiant litigioſa, oſtendit Nicol. de
Milis *in Repertor. §. litigioſa p. 78. col. 2. & 3. contra Lapum. Qvicqvid
placuerit in Conſtitutionibus Neapolitanis de qvo Foller. ad Marant. p. 4.
diſt. Judicior. 3. n. 4.* Adeò † omnis eò res recidit, ut ad dominii cau- 30.
ſam litigioſi ſtatum trutinemus. Neq; † tamen ideò exceptionem 31
ſtatuamus in illis interdictis, qvæ proprietatis cauſam continent *de
qvibus in l. 2. §. 2. de Interd.* cum eam illa cauſam contineant non prin-
cipaliter, ſed tantum tanqvam neceſſarium reqviſitum ad fundan-
dam actoris intentionem. Qvomodo † ſi ſufficeret proprietatis cau- 32.
ſa, etiam directa Legis Aqviliæ actio aut condictio furtiua rem face-
rent litigioſam. *l. 11. §. 6. ad L. Aqvil, l. 1. D. de condict. furtiv.* Qvin
† imò proprietas in d. l. 2. § 2. modò ad incorporalia jura, modò 33.
ad conditionem rerum, qvæ non ſunt in commercio, videtur eſſe
referenda, vix ad dominium: niſi in hunc ordinem (Interdictorum
proprietatis cauſam continentium) adipiſcendæ poſſeſſionis Inter-
dicta referre velis. qvam ſententiam impugnatam vide apud Cra-
vettam. *conſil. 279. n. 3.*

In integrum reſtitutionum † parpenè cauſa eſt.. earum peti- 34.
tionem rem facere litigioſam exiſtimat Fab. de Mont. *de emtione. q. 4.
n. 34* dubitat Baldus. *ad l. un. C. in int. reſt. poſtul.* Diſtingvimus: re-
media reſtitutoria alia formaliter talia ſunt, ſive explicitè, alia vir-
tualiter ſive implicitè: Illa † implorationes tantum ſunt officii Præ- 35.
toris, qvod de plano procedens ibi totam abſolvit litem; hæc actio-
nes vel perſonales vel reales. Perſonales † non facient rem litigioſã, 36
ut de dolo, qvod metus cauſa: reales, † ſiqvidem vindicant, rem i- 37.
pſam, facient, ut reſciſſoriæ & revocatoriæ. Et † facient ſtatim, ſine 38.

Digitized by Google

prævio peculiari aliqvo judicio reſcindente, *v. Suth. diſ. 17. §. 61. 62.* qvia unâ cum ipſâ reſciſſione, v. c. uſucapionis aut alienationis eodem actu à Prætore ſtatim poſtulantur & impetrantur, ideoq; qvaſi nunqvam res uſucapta vel alienata eſſet, dicuntur dari. §. 5. & 6. *J. de*
39. *action.* Cæterarum † Reſtitutionum per merum Prætoris officium faciendarum beneficia, qvoniam reſtitutionem rei in priſtinum ſtatum ſimpliciter ex capite læſionis, nullâ habitâ ratione dominii aut juris realis, intendunt, & qvidem adverſus contrahentem cumprimis, *v. l. 13. §. 1. de minor.* pro perſonalibus habemus; *varias opiniones*
40 *v. apud Treutl. de reſt. th. 2. D. & ibi Baccov.* neqve † facere proinde putamus res litigioſas, ſive ab iſto, qvem diximus, Prætore, ſive ab ipſo principe poſtulentur. *diſſent. Menoch. lib. 2. præſumt. 97. n. 2.* Qvòd
41. enim in l. un. C. in int. reſt. poſtul. omnia in ſuo ſtatu manere jubentur, ad innovationes eas & attentata referendum eſt, qvæ proceſſum alterant, & turbant, atqve novo adverſarium onerant gravamine.
42 Attentatorum † qvippe remedium actionum realium non eſt proprium, ad perſonales etiam porrigitur, *v. Hackelm. de Jure Canon.*
43 *diſp. 7. th. fin. cum præcedent:* in † qvibus tamen ipſis ſi alienatio fiat rei, qvæ in obligatione verſatur, eam ne qvidem ſub ſpecie attentati per iſtud attentatorum remedium revocari poſſe, ipſe Lancellottus, maximus ejus remedii Fautor, fatetur. *de attentat. c. 12. limit. 32. per*
44 *tot.* Forſan † non adeò improbabilis qvoq; iſtius L. un. foret interpretatio, ſi qvis eam de reſtitutione vice appellationis interponendæ *l. 32. C. de tranſact. l. 42. D. de minor.* contrà ſententiam poſtulatâ explicaret, qvaſi ſcriptam ad exemplum tit. D. nihil innovari ap-
45 pellatione interpoſitâ. Unde † attentati etiam nomen ad id, qvod appellatione pendente innovatum eſt, reſtringere videtur Manfredus, *de Attentat. lib. 2. concluſ. 1.* eo nomine notatus ab Herculano, *de Attentat. c. 3. n. 1.*

46 Superſedere † ulteriori poſſumus diſputatione, ſtante illâ opinione communi de Judicis officio, (i. e. imploratione ejus extraordinariâ) qvod perſonalis actionis naturam ſapere, *Bald. ad auth. litigioſa. n. 1. C. de litig.* neq; facere poſſe rem litigioſam, putant. *Hartm.*
47 *Piſtor. lib. 1. qv. 40. n. 8.* Ita † enim, ubi Creditor implorat Judicis officium, ut adſiſtat apprehenſioni poſſeſſionis, qvam debitor con-

Digitized by Google

ſtituit ſe poſſidere nomine Creditoris, res non ſit litigioſa. *Magnif.*
Dn. Franzk. ubi ſ. reſolut. n. n. 40. uti † neqve beneficium litigioſum, 48
cùm ex mandato ſive Reſcripto Superioris mihi id à Canonicis
(contradicente licet altero) peto conferri; qvod eqvidem fieret, ſi
idem à Superiore (eam poteſtatem habente) mihi collatum conten-
derem, id declarari petens, & poſſeſſionem mihi tradi. *Bald. d. l. &*
ad l. 1. n. 7. C. comm. divid. Dubitare † de prædictis qvis poſſet per ea 49
qvæ habet Archidiaconus: *ad c. 1. ut lit. pend. in 6.* beneficium in illo
textu fieri litigioſum, ubi tamen litigantes confirmationem tantum
electionis petunt, officium Judicis implorantes. Sed † ipſe Archi- 50
diaconus *d. l.* teſtatur, alios iſtam petitionem confirmationis pro a-
ctione habere. Qvod admittendum eſt, ubi is qvi petit, ſimul Com-
petitoris ſui contradicit electioni. aut † implorationes qvædam ſta- 51
tuendæ non perſonales, ſed qvæ jus reale perſeqvantur, & tùm ſi
ſint tanqvam ex jure dominii aut qſ. facere poſſint rem litigioſam.
Idem † de proceſſibus executivis ſentiendum, ſi qvi tanqvam ex ju- 52
re domini fuerint proditi. per † alios enim ſuper qvocunq; alio jure 53
intentatos rem nō fieri litigioſam concludendum eſt ex præcedentibus.

Omnium † minimè per criminalia judicia, *Paul. Fuſcus ſingu-* 54
lar. Jur. lit. L. n. 33. Herculan. de Attentat. c. 6. n. 46. Marant. Specul.
par. 4. diſt. Judex. 1. num. 50. Lancellot. de Attent. c. 4. præfat. 479. diſpu-
tat Bartol ad l. 15. n. 14. 15. D. de donat. qvoniam omnium maximè ſunt
perſonalia, nec ex uſu noſtri juris ita litis agnoſcunt nomen, ut civi-
lia. *v. poſit 1. num. 23.* Dupliciter autem † in criminalibus iſtis Judiciis 55.
res attendi poteſt: vel ut objectum criminis, ut in furto; vel ut pœnæ,
ut in delictis, qvibus imminet bonorum publicatio. Poſteriorem † 56.
modum cumprimis reſpiciunt; qvi rem per criminale judicium liti-
gioſam fieri negant. Et rectè negant, qvamvis † bona ſuſpicione 57.
pœnæ imminentis alienata revocari poſſint à fiſco poſt ſententiam
condemnatoriam, *l. 15. de donat.* (*ubi Florentina lectio laborat*) *l. 7. de*
mort. cauſa donat. l. 57. §. 1. de admin. tut. tanqvam in fraudem fiſci a-
lienata, non tanqvam litigioſa. Nec † in primâ conſideratione di-
verſum ſtatuemus, cum res ibi ne qvidem in petitione aut condemna- 58.
tione verſetur, ſed in facti tantùm narratione. Attamen † Foller. *in* 59.
addit. ad Marant. d. l. in Conſtitutionibus Neapolitanis diverſum ſta-

tui ait, & rem furto ſublatam, ſi agam contrà furem criminaliter ad punitionem, & incidenter ad rei reſtitutionem, ita vitio affici, ut etiamſi interim pervenerit ad alienas manus, rectâ viâ agere poſſim
60 adverſus detentores. Hæc Follerius. neſcio, † an ſatis accuratè? cum qvalitas litigioſi non conſiſtat in facultate rem tertio eripiendi; atq; jus iſtud contrà tertium agendi ex vindicationis jure derivari æqvè poſſit, ut jure communi *§. fin. J. de oblig. qvæ ex deli. §. 3. J. de emt.* Et
61 † vitium illud qvare criminali judicio adſcribit, non civili, qvod ex iſtius conſtitutionis diſpoſitione non incidenter ſaltèm moveri, ſed in ipſo fortè libello cum criminali poterat cumulari, qvantum ex ipſo percipere poſſumus Follerio. ipſam enim conſtitutionem videre non licuit. neq; libuit multùm in illam Neapolitanorum meſſem noſtram falcem mittere.

VIII. NATIVITAS LITIGIOSI.

1 Ampla † ſatis ſeges eſt, qvæ nobis metenda reſtat, de Nativitate Litigioſi actoris, poſtqvam Lites, qvatenus huc faciunt, ſpectavimus. Et olim eqvidem tàm actiones, qvàm res litigioſæ videntur factæ demùm per litis conteſtationem: *confer l.1. §.1. D. l.2.4. C. de litigioſ. Perez. n.2. C. hic.* ne † univerſalibꝰ qvidem, *arg. l. 2. C. de hered. petit. non obſt. l.5. pr. de hered petit. v. ſupra poſit 6. n.5.* aut duplicibꝰ judiciis exceptis. *l.13. fam. erciſc. (iunct. l.15. D. rat. rem hab.) l.1. C. comm. divid. diſſ. Accurſ. ad l.5. verb. Inchoaretur. D. de hered. petit. Bald. ad l.14. n.4. C. de contrah. emt.*

3 Circa † jus autem noviſſimum magna moverunt bella Doctores I. enim qvidam inter res & actiones diſtingvunt: circa has de jure Novellarum nihil eſſe correctum: circa illas eſſe, ut per citationẽ hodie fiant litigioſæ. II. Qvoad actiones alii ſubdiſtingvunt inter perſonales & reales, & has non minùs, qvàm res ipſas per citationem hodiè fieri litigioſas putant. *Bartolus ad l.1. §.1. n.2. D. Sichard. ad auth. litigioſa. n.6. & n. Perez. n.3. C. de litig. Hartm. Piſtor. lib.1. qv. 40. n.2. (ubi tàm de rei vindicatione, qvâm de aliis realibus ex iure incorporali provenientibus loqvitur.)* III. Qvoad res ſubdiſtingvit Bartolus, *d. l.* utrùm petantur actione perſonali, an reali. ut ibi reqviratur litis conteſtatio. *adde Trentl. de Judic. th. 2. A. Rittershuſ. id LL. 12. Tab. claſſ. 3. part. 2. c. 1. p. 122.* IV. Qvoad Res reali actione petitas

ſub

Digitized by Google

ſubdiſtingvunt Baldus *ad l. 1. num. 6. de litig.* Bartol. *d. l.* Hartm. Piſtor. *d. l. n. 11. 12.* Fabian de Monte. *de emptione. qu. 4. n. 34* Menoch. *lib. 2 præſ. 97. n. 22. & 25.* utrùm agatur actione ſimplici, an mixtâ? ibi ſufficere citationem; hîc ulterius diſtingvunt. V. inter judicia univerſalia & ſingularia. In illis itidem ſufficere citationem, in his reqviri litis conteſtationem. VI. Paulò aliter circa res reali actione petitas diſtinguit Cynus *ad l. 1. n. 3. C. comm. divid.* utrum nempè petantur judicio diviſorio, an alio? ut ibi demum litis conteſtatio requiratur. VII. Nodum * hunc, tot nodis implicatum qvaſi Gordium uno ictu ſecare nititur Ummius *de proceſſ. diſp. 5. num. 73.* tàm Res, qvàm actiones, ut antiqvo, ita & adhuc ipſo novellarum jure, per litis demum conteſtationem fieri litigioſas adſerens. (1.) cùm enim in d. nov. res per judiciariam conventionem dicitur fieri litigioſa, litis conteſtationem innui, non citationem. conventionis nomen non convenire citationi, quod per citationem nemo dicatur conveniri. (2.) Judicium demùm à litis conteſtatione incipere. ſecundùm hanc ergò dici etiam judiciariam conventionem. (3.) Litigioſi vitium contrahi etiam per preces, Principi oblatas, Judici remiſſas, & inſinuatas parti. *d. novell. 112. c. 1.* cum vel ſolæ aliàs preces iſtæ pro litis conteſtatione habeantur. *tot. tit. C. qvando libell. princ. datus.* (4.) ſi per dictam novellam citatio in realibus vitium litigioſi induceret, etiam in perſonalibus actionibus idem foret ſtatuendum. Generaliter enim velle Imperatorem modum, qvo inducatur iſtud vitium definire, licet exempli loco adducat actiones reales. Hæc Ummius. Qvibus * addi poteſt (5.) Novellam iſtam non eſſe correctoriam Juris antiqvi, ſed tantum declaratoriam. *d. nov. 112. præfat.* (6.) ſi vitium litigioſi antè lit. conteſtatam induceretur, contingeret concurrere Edictum de non-alienando cum vitio litigioſi. In illud enim incidit, qvisqvis ante lit. conteſtatam alienat. Adeò * in toto hoc negotio res ubiqve plena eſt periculi. Videbimus tamen cumprimis, an minuere iſtam poſſimus Ummii opinionem: Conventionem ergò (1.) citationi & in jus vocationi (qvas pro iisdem hodie ſumimus. *v. prælaudatus Dn. Struv. exerc. 3. th. 37. 38.*) magis convenire, negari non debebat. *l. 49. de rei vindic. l. 3. ibi: ſubſecuta per executorem conventio. l. 7. ibi: per ſolam conventionem. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. l. 41. D. de he-*

4.

5.

6.

Digitized by Google

red. petit. §. 26. ibi: Juſſu Magiſtratuum convenia ur. J. de actien. iunct. l. 46. §. 7. C de Epiſc. & Cleric. Convenire compellare eſt. Convenitur tùm Judex, tum reus: Judex, qvi ab Actore imploratur: Reus, qui in jus vocatur. Conveniri Reum cum conteſtatur litem, nemo facilè
7. dixerit. (2) Judiciaria * dicitur iſta conventio, non à Judicio, ſed à Judice, i.e. Magiſtratu, *v. infr. n 14.* qvi Principi ibi opponitur, ut con-
8. ventio iſta judiciaria precibus Principi oblatis. (3.) Hæ * verò tantùm ubi de perpetuanda actione temporali agitur, non in omnibus cauſis, nec ad omnem effectum, litis conteſtationi æqvipollent. *l. 2.*
9. *C. qvandò libel. Princ. oblat.* alias * & ipſam actionem facerent litigioſam. qvod eqvidem, qviâ iſta æqvipollentia in favorem actoris eſt introducta, aſſerere ego, aut in ejus odium detorqvere non auſim.
10. Infirma * etiam nimis eſt ſeqvela: Vitium litigioſi inducitur per id, qvod litis conteſtationis effectum habet. E. non ſine litis conteſtatione. Nimirum, qvod habet effectum litis conteſtationis, id multò
11. magis effectum habet citationis. (4.) *v. ſuprà poſ. 4. n. 2. 3. 5* (5.) In * principali qvæſtione, qvæ res ſint litigioſæ, nihil corrigit Imperator, ſed explicat. Corrigit tamen in incidenti illâ de modo rem
12. litigioſam faciendi. Sed * & ipſas jurium correctiones tàm ſuavi explanationis aut interpretationis titulo edulcari novum non eſt; *§. 3. ibi: Interpretati ſumus. J. de ſucceſſ. libert.* atqve facilè poteſt ſuſtineri, ſicubi jus illud, qvod corrigitur, per conſeqventiam tantum aliqvam deducitur ex diſpoſitione legum, nec expreſſis earum ver-
13. bis continetur. (6.) Edictum * de non alienando mutationem aliqvam paſſum eſt, qvatenus ob diſpoſitionem d. nov. 112. id non amplius ad litis uſq; conteſtationem neceſſe eſt extendi. *Confer. VVeſenb.*
14. *n. 5. D. de alien. Jud. mut. cauſa.* Ex * qvibus omnibus ad oculum patet, qvàm non ſit Alexandrinus ille enſis Ummii. Et ut adhuc magis pateat, ad Græcum provocamus textum, ibi, ἢ διὰ ἀρχικῆς ὑπομνήσεως. ἀρχικὴ, dicitur ab ἀρχὴ, magiſtratus. *v. ſupra. n. 7.* ὑπόμνησις idem eſt qvod compellatio. Magiſtratûs * compellatio vel activè
15. vel paſſivè intelligi poteſt; Priori modo, cum Magiſtratus compellat, aut compellari facit Reum. id qvod ipſiſſima eſt citatio. atqve ita vertit Haloander: SIVE CITATIONE AD MAGISTRATUS (ſive potius, juſſu Magiſtratûs) FACTA: Poſteriori modo, cum ipſe

Ma-

Magiſtratus compellatur ab Actore, ſuum deſiderium proponente, & offerente libellum. &c. Quæ * qvidem explicatio licet confirmetur verbis ſeqventibus de precibus Principi oblatis, (qvaſi hoc velit Juſtinianus, rem litigioſam fieri, ſive Magiſtratus adeatur, ſive ipſe Princeps) priorem tamen illam non rejicimus, ſed ut ad hujus poſterioris declarationem uberiorem optimè applicari poſſe putamus. 16.

Cætera * Novellæ noſtræ fatemur nos mordicus inhærere, primam ideò illam ſententiam ſupra *n. 3.* relatam ſine diſtinctionibus ſeqventium ibi opinionum defenſuri. Difficile * eqvidem eſt, qvod habet Sichardus *d. l.* de actione reali: ſi ea litigioſa fieret, demum poſt lit: conteſtationem, cedi poſſet. poſt citationem ante litis conteſtationem. ſi cedi poſſet, res poſt citationem poſſet alienari ab actore. ſi alienari poſſet, non fieret ſtatim poſt citationem litigioſa. Verùm * putamus rem directè litigioſam fieri tantùm reſpectu Rei poſſidentis, non item reſpectu Actoris. aliàs hujus reſpectu ſtatim fieret litigioſa res poſt oblatas Principi preces, etiamſi Reo nondum eſſent cognitæ. *adde d nov. 112. c. 1. verſ. & hoc adjiciendum. ubi tantùm de Reo.* Reſpectu * Actoris ergò non fit, niſi per obliqvum, i. e. cum actio fit litigioſa. *fac l. 2. C de litig.* Potius * ergò ſtatus rei æſtimandus hîc eſt ex ſtatu actionis, qvàm hic ex illo. atqvi modum, qvo actio fit litigioſa, Imperator in diſpoſitione Juris antiqvi reliqvit, i. e. ut fiat demum per litis conteſtationem. Qvâ * ratione continget, ut actor cedere ſuam actionem, & eatenus rem alienare poſſit, ubi Reus id facere prohibetur. *confer. Cyn. ad auth. litigioſ n. 4. C. de litig.* Qvamvis * qvod objicit Peregrinus *de iure fiſci. lib. 4. tit. 6. n 3.* regulariter actori aliàs non debeat licere, qvod Reo non permittitur. *l 41. de R. J. c. 32. de R. J. in 6.* ſcil. ubi par utriusq; cauſa eſt. plus autem intereſt Actoris, novum ſibi non objici Reum, qvam Rei, novum actorem. ille propter novas moras diutius re ſuâ carere cogetur; at Reus interim poſſeſſionis commodo fruetur.

17. 18. 19. 20 21. 22. 23.

Interim * novam litem ferunt, qvi differentiam iſtam inter res & actiones litigioſas jure Canonico per Clem fin. ut lit. pend. ſublatam eſſe, & tàm actiones, qvàm res ibi per citationem fieri litigioſas ſtatuunt, *Petr. de Ferrar Pract. tit. forma libelli in actione reali. verbis: veris & legitimis n. 60. p. m. 25. & tit. forma reſponſ. rei convent. verb. exceptionem* 24

nem litis pendentiam.3.p.m.60. VVurmſer.obſervat.lib.1.tit 13.obſ 7.num.2.
25. Qvem * tamen textum, qvia reum reſpicit & ejus innovationem,
correctorium qvoad Actorem eſſe non dixerim. imò ſufficit, ſi ad
vulgare innovationum, & attentatorum genus poſſit referri, & evi-
26 tetur ità ſpecialium jurium per generalia correctio: aliàs * ipſa et-
iam precum oblatio non amplius facere poſſet rem litigioſam. *quo-
modo (ſed malè) colligere ex d. Clem. nonnullos v. ap. Lancell. de attent. c.4.
præf. num.*11.

27. Concludimus * actiones adhuc per litis conteſtationem, res
28 autem duplici ratione fieri litigioſas: primùm * per conventionem
Judiciariam, qvæ qvaſi inchoatur oblatione libelli, (hunc enim Gal-
lius *de Arreſt. c. fin. n. 11.* ad inducendum vitium litigioſi de forma re-
29. qviri ſcribit) & * perficitur citatione Rei, vel cauſam litis exprimen-
te, *Clem.2. X. ut lit. pend. quem textum ad explicationem non correctionem
hujus materiæ allegare licet.* vel ipſum libellum, aut ejus exemplum in-
30. ſertum habente. Reo * enim citationem, qvam aliàs ad Juriſdictio-
nem perpetuandam ſaltem decretam eſſe ſufficit, *Nicolaus de Milis
Repertor. § lis eſt p.77. col.1. Mynſ. cent.4. obſ. 26. n.* 2. noſtro caſu etiam
legitimè inſinuatam eſſe oportet, (niſi ipſe, qvò minus ad ſe perveni-
31. ret, fecerit.) *arg. l.24. de condit. & dem. d. Clem.2. Azo n.1. C. hic* neq; *
vitio aliqvo laborare. *v. ſupra poſſ.6. n. 40.* Qvod ſi alicujus ipſa ar-
guatur vitii, conditio rei, dum de vitio iſto cognoſcitur erit in ſu-
ſpenſo, atqve alienationis interim factæ ſubſiſtentia & infirmitas ex
inſeqventis ſententiæ deciſione pendebit.

32. Secundò * res litigioſæ fiunt per preces Principi oblatas, *nov.
33. 112. c.1. non obſt. l. 15. D. de in ius voc* (qvod * ſicut ad Præſides pro-
vinciarum, *Dn. Jac. Schultes obſ 34. n.4.* ita multò magis ad noſtri
34 Imperii Proceres meritò extenditur) & * poſt Principis ſubſcriptio-
nem *arg. l.1. §.1. D. de conſtitut.* (nec enim ſola ſupplicatio facit rem
35. litigioſam. *Menoch. lib.2. præſumt. 97. n.1*) Judici inſinuatas, ac * per
eum adverſario Interpellatoris cognitas *d. nov.112. c.1. v. Lancellot. de
Attent. c.4. præfat. n.10. & ſeq.* qvocunqve modo, etiam citra citatio-
36. nem. Per * Judicem *τὸν δικαστὴν* intelligimus Magiſtratum, ita enim
& in præfatione noſtræ novellæ, & paſſim in ſuis legibus Judicum
37. uſus eſt appellatione Juſtinianus. ut * nulla ſit neceſſitas interpre-
tan-

tandi hunc locum de delegato Principis, qvod faciunt communiter; qvamvis fortè nec illa falſa ſit ſententia. Magiſtratuum † ſanè delegati non aliter facient rem litigioſam, qvam citatione ſecundum ſuprà *n. 29. 30. 31.* relatum modum emiſſâ & inſinuatâ Adverſario: cui 38.
† etiam addi volunt exemplum commiſſionis Delegato factæ. *Confer Bald. ad auth. litigioſa. num. 1. C. de litigioſ.* 39.

IX. EXTINCTIO.

De † Litigioſi jure, qvod potiſſimum circa prohibitas alienationes aut ceſſiones ſpectatur, pergendum jam eſſet. At cum alia nos expectet dies, idem Jus peculiari diſcurſui reſervabimus, atqve pauculis, (niſi & hæc, ut illa priora, ſub manibus excreverint) de finiendâ Litigioſi conditione ſubjectis actutum ipſi finiemus. Tamdiu † enim vitium Litigioſi durat, qvamdiu ipſa Lis. extingvitur ergò, cum ipſa lis extingvitur: ſive † per ſententiam id fiat, ſive facto litigantium, ſive lapſu temporis. Addi † poſſet mors litigantium & *ex ſententiâ Lancellotti de Attent. c. 4. præfat. n. 292. & ſeqq.* factum Principis, de plenitudine poteſtatis extingventis litem. Sed cum prior ille extingvendi modus particularis tantum ſit, ad cauſas beneficiorum pertinens, alter prorſus extraordinarius, & veluti ſupra jus, utrumqve hac vice ſicco præteribimus pede. 1. 2. 3. 4.

Sententia † alia definitiva eſt, alia Interlocutoria. Hæc aut perimit inſtantiam, aut ſuſpendit tantùm. Qvæ ſuſpendit, litigioſi vitium non extingvit. Qvæ † perimit, i. e. qvæ Reum abſolvit ab inſtantiâ, *exemplum v. ordin. proc. tit. 10. pr. & tit. 11.* §. würde bann fördeт. (nam & hanc inter Interlocutorias vulgò referunt *Jaſon ad l. properandum. §. & ſiqvidem. n. 16. C. de Judic.*) extingvit. *arg. l. 2. ibi: lite pendente. C. de litig. diſſentit Jaſon. d. l. n. 22. ex ſententiâ gloſſæ Nicol. de Milis. Repertor. §. litigioſum. p. 77. col. 3.* ſive † abſolvatur ita Reus ante litem conteſtatam (qvo caſu inſtantiam paulò latius accipies, ut incipiat à citatione) ſive poſt, *qvod explicat Magnif. Dn. Carpz. par. 1. Conſt. 2. d. 19. n. 5. & ſeqq. & Conſt. 3. d. 17. n. 9.* Utrobiqve enim, qvia res in lite ampliùs non eſt, nec litigioſa manere poteſt. Neqve † procedit ratio gloſſæ: effectum ineſſe productum manere poſſe perемtâ cauſâ, E. & ſtatum litigioſi, licet litis conteſtatio tanqvam cau- 5. 6. 7. 8. 9.

Digitized by Google

10. ſa ejus per hanc ſententiam fuerit ſublata. Illud † præſup pono, neq; nos à litis conteſtatione argumentari; neqve tàm cauſam, qvàm in-
11. terdum modum eam agnoſcere introducendi iſtius ſtatûs. A † lite argumentamur, eamqve putamus eſſe litigioſi formam, i.e. rationem, per qvam litigioſum eſt id qvod eſt. *conf. Excell. Dn.* Stahl.
12. *tit.6. Regul.6.* ut † conceſſo licet iſto principo gloſſæ, qvod de cauſa & qvidem efficiente loqvitur, firmiſſimo tamen talo ſtet Regula: ſublatâ formâ tollitur formatum; ſublato abſtracto concretum. qvemadmódum ſublatâ albedine res alba eſſe deſinit &, qvod exemplum magis huc qvadrat, ſublatâ viſione res deſinit eſſe ea, qvæ videtur.
13. Perges † ergò: at iſtâ abſolutione, qvæ fit ab inſtantiâ, actionem non perimi, ſed imò eam ſupereſſe, & reſervari actori denuò inſtituen-
14. dam. *Magnif. Dn. Carpz. par. 1. conſt. 3. d. 16.* Dicendum † eſt: Litem perimi poſſe, etiam ubi actio ſalva manet. *non obſt. poſ. 1. n. 11.* per actionem enim intelligimus jus agendi, per litem, (à qva litigioſum
15. denominavimus) ipſam diſceptationem forenſem. Et † hanc, qvia ab Actore jus ſuum perſeqvi volente, de novo inſtituenda eſt, omninò neceſſe eſt per iſtam abſolutoriam perimi, niſi peremta eſſet, ſi-
16. ve deſiiſſet, continuari diceretur, non inſtitui de novo. Qvod ſi † poteſtas illa actoris, qvâ denuò litem intendere poteſt, vitium litigioſi inferret, res etiam ante primam litem dicenda fuiſſet litigioſa; qvia eandem poteſtatem etiam ante primam litem habebat actor.

17. Sententia † definitiva aut eſt abſolutoria, aut condemnatoria.
18. Abſolutoriam † κατ᾽ ἐξοχὴν ita dicimus, ubi Reus ab actione ipſâ, non ſaltem ab inſtantiâ, abſolvitur, (poſt lit. conteſt.) vel (ſi ante) qvòd non teneatur reſpondere actioni. *v. ordin. proc. tit. 11. §. wann*
19. *nun alſo. & ſ. ſeq.* Utramqve † autem perimere litigioſi ſtatum ex-
20. iſtimamus. de abſolutoriâ vix poteſt eſſe dubium. de † condemnatoriâ nobiscum ſentire videtur Cravetta. *conſ. 182. n. 4. & conſ. 279. n. 1.*
21. ut † tamen ſi Reus alienet poſt ſententiam, novus ille poſſeſſor propterea non ſecurum ſe eſſe putet, ſed imò ad eum jus exeqvendi ſine novo tranſeat proceſſu. *Bartol. ad l. Creditores. num. 23. C. de pign. adde*
22. *Coler. de proc. execut. par. 2. c. 3. num. 445. & ſeqq.* Unde † decidi poteſt; qvam Archidiaconus *ad c. 2. X. ut lit. pend. in 6.* movet, qvæſtio, qvomo-

Digitized by Google

qvomodo ſuccurratur ei, cujus Eccleſia, poſtqvam ipſi adjudicata eſt, ante executionem alteri collata eſt ab Ordinario? Ad † actionem ibi perſonalem contra Ordinarium intendandam confugit Archidiac. Rectiùs Joh. Andreæ *ad d. c. 2.* non tantùm adverſus Collatorem ad intereſſe agi poſſe, ſed &, ceſſante licet (ob finitam litem) diſpoſitione d. c. 2. inutilem eſſe ipſam illam ſecundam collationem. 23.

Et † hæc, qvæ de ſententiâ qvoad peremtionem Litigioſi diximus, de ſententiâ in rem judicatam abeunte dicta ſunto. *Cravett. conſ. 919. nu. 5.* Qvamdiu † enim ſuſpendi ea poteſt, i. e. ante lapſum decendii, lis aut res vel actio litigioſa nondum plenè deſiiſſe intelliguntur. *confer c. 7. de appell. in 6. Lancellot. de Attent. c. 11. per tot.* multò † minùs ergò deſiiſſe poſſunt poſt ſolam in cauſa concluſionem, *Magnif. Dn. Franzk lib. 1. reſol. 11. n. 68. Menoch. lib. 2. praeſ. 97. n. 36. contra Afflictum,* aut relationem Judicis ad Superiorem factam. *ſecundum l. 1. C. de relat. cap. 61. X. de appellat.* Similiter ubi ſuſpenſa eſt ſententia, ſive per appellationem, ſive per petitionem reſtitutionis in integrum, *l. 32. C. de transact. v. ſupra poſ. 7. n. 44.* ſive per alium qvem legibus aut moribus cujusqve loci cognitum modum, litigioſi ſtatus manet. *d. c. 7. x. de appell. in 6. non obſt. c. 4. X. de ſponſ. duor. ubi ſpeciale interdictum Magiſtratus videtur requiri, de qvo confer Caniſ. ad c. 18. X. de ſponſal. Cujac. ad dict. c. 4 p. 457. Corvin. aphoriſm. Jur. Canon. lib. 2. tit. 13. p. 99. 100.* donec iſta etiam ſecunda, qvam vocant, inſtantia vel, ſiqvidem huic alia nova ſurrogetur, ultima pereat. Alienatio † ergò ſive ceſſio interim facta perindè, ac ſi ante ſententiam facta fuiſſet, inutilis erit, atqve non expectato iſtius inſtantiæ eventu ſtatim poterit revocari. *iuxta l. fin. pr. C. de litig. non obſtante l. 57. §. fin. D. de adm. tut. v. ſupra poſ. 7. n. 57.* 24 25. 26. 27. 28.

Factum † litigantium, qvo vitium litigioſi tollitur, eſt transactio, jusjurandum, (litis deciſorium) & pactum renunciationis. ſufficit enim vel exceptionis ſaltem ope actionem perimi. Neqve, qvantum ad noſtram cauſam attinet, intereſt, utrum ipſi actioni re† incietur, *l. 4. C. de pact.* (*ubi per litem intelligimus ipſam actionem*) an litem inſtantiæ? *Jaſon. in l. cum mota n. 14. C. de transact. Diſſent. Nic. de Milis Repertor. §. Litigioſum p. 77. col. 3. & §. lis finitur. p. 78. col. 3.* 29 30.

31. In † genere *per ea, quæ ſupra n. 7. & ſeqq. deduximus* verum eſt, perimi Litigioſi vitium inſtantiâ peremtâ. *Harim. Piſtor. lib. 1. q. 40. n. 14. videtur diſſentire* Bartol. *ad l. litigator. nu. 3. & 4. C. de fruct. & lit. exp. varias ſententias habet Lancellot. de Attent. c. 4. præf. n. 257. & n.*
32. *504. usq. ad n. 526. latiſſimè.* ergò † & per lapſum triennii, à lite conte-
33. ſtatâ computandi. *l. 13. C. de iudic.* Qvam † in rem ſingularia ſunt verba Jaſonis: *ad d. l. 13. pr. nu. 6.* Subtilius (inqvit) nota ex eodem textu, qvod in his, qvæ emergunt ante lit. cont. non eſt dare peremtionem inſtantiæ, etiamſi duraret mille annis. Et ideò ſi mille annis contenderetur ſuper legitimatione perſonarum ante litem, nunqvam currit inſtantia litis. Et refert Speculator, qvod Romæ fuit ſibi commiſſa qvædam cauſa, in qvâ nondum erat lis coteſtata, & erat inchoata ante nativitatem ſuam, cum tunc eſſet annorum 24. in qvo pondera, qvod Speculator tàm brevi tempore ætatis jam evaſerat in tàm ſummum Virum, prout etiã dicit Paulus de Caſtro: Nobiscum autem dici poteſt illud Divi Ambroſii, qvid nos ventris animalia unqvam tale fecimus, qvos ſi ſecunda hora vigilantes offenderit, oſcitamus, & manibus faciem defricamus. hæc Jaſon. qvæ qvia ſimplex iſtud dicendi genus nonnihil interdum voluptatis afferre legentibus videtur, viſum eſt adjicere.

34. Qvòd † autem Bartolus & Baldus *ad l. 1. C. de præſcr. long. temp. per illum textum* Jaſon. *ad l. is apud qvem. n. 19. C de edendo.* Calcan. *conſ. 115.* ſtatuunt, per lapſum triennii vitium litigioſi extingvi tantùm reſpectu tertii, ut is uſucapere poſſit, non qvoad præjudicium
35. ipſius litigantis, non ſatis accuratè ſtatuiſſe videntur. Alterius † qvidem loci et illa qvæſtio: an is, qvi lite pendente rem litigioſam b. f. emit, eandem non obſtante vitio litigioſi poſſit uſucapere? Qvod plures affirmant, & inutilem ita reddunt qvæſtionem de tollendo per inſtantiæ peremtionem vitio (reſpectu illius uſucapionis)
36. qvone qvidem ante peremtam ſuberat inſtantiam. Illud † nobis contra prædictos Authores ſufficit: qvòd in l. 1. C. de præſcr. long. tem. is ipſe, cui controverſia mota erat, non poterat longi temporis poſſeſſione uti, non fuiſſe ex vitio litigioſi, ſed qvoniam ille per litis conteſtationem conſtitutus erat in mala fide.

37. Et † hæc ita ſe habent de Jure civili, à cujus diſpoſitione, communior

Digitized by Google

munior eſt & verior opinio, receſſiſſe Jus Canonicum, *c. 20. X. de indic. confer c. 14. X. de privileg. quicquid diſputet Jaſon ad l. properandum. pr. n. 27. C. de indic. & diſſentiat poſt Trentlerum Hunnius ad d. Treutl. de Judic. th. 15. A.* qvamvis † in locum iſtius triennii aliud peremtorium (ut isa loqvar) ſpatium præfiniviſſe non legatur. 38.
mera † enim eſt conjectura de decennio, ſufficere ejus curſum, ad inſtantiam de Jure Canonico perimendam. 39.
Qvam † opinionem in dubium jam olim vocatam meminit Caſſadorus; *deciſ. aur. tit. ut lit. pend deciſ. 5. nu. 2.* declaratam tamen, ut procedat, ſi præter iſtius decennii lapſum etiam cönſtet de non jure Actoris, atqve ita approbatam multis præjudiciis, refert Lancellottus *de Attent. c. 4. præſ. n. 275. & seqq.* 40
Ita † verò res eſt: qvatenus continuatur proceſſus inter Litigantes, hodiè inſtantia non perimitur. id enim, cum magno licet Reip damno, in plerisqve noſtra Germaniæ locis invaluiſſe conqveritur Treutl. *de Judic. th. 15. c. adde Magnif. Dn. Carpz. par. 1. conſt. 1. d. 1.* 41
Qvod † ſi ab ipſo proceſſu (actore qvæſtionem omittente *ut l. 1. C. de long. temp. præſcr.*) fuerit ceſſatum, remqve præſumtionibus agere nobis liceat, actorem tùm præſumemus deſerere iſtum proceſſum voluiſſe, cum per tempus non modicum, nullâ impeditus probabili cauſa, ceſſavit. 42
Qvantum † autem tempus attendendum ſit, & qvæ cauſa, ut de animo derelinqvendi ſatis conſtare qveat, omne id Judicis arbitrio committemus, pedem interim figentes, atqve finientes noſtrum diſcurſum verbis doctiſſimi Alciati. 43

Sed hæc qvidem, inqvit ille, *in fine tract. de 5. ped. præſcr.* hactenus. Te verò, Lector optime, ut rectè omnia atqve ordine fiant, traditumqve à Majoribus morem obſervemus, ad diſputationis alteram invito atqve provoco. Laudat Lex fin. de mun. §. 26. Herennium Modeſtinum, qvi plerasqve noſtri Juris difficultates diſputando benè & optimâ ratione diſſolverit, receptumqve eſt, hoc argumentandi genere pleraqve certiùs, omnia clariùs percipi poſſe, dum tamen Senarii illius, qvam P. Mimo tribuunt, non obliviſcamur: NIMIUM ALTERCANDO VERITAS AMITTITUR.

DISSERTATIO SEPTIMA.

DE

FICTIONIBUS,

Autore

D. ANDREA ASSIG, Syndico Uratiſlav. Sileſ.

Pro Gradu Jehnæ,

Anno 1657.

QVod FICTIONUM Thema pro ſolenni ſelegerim, varia vereor judicia fore. Nam cum Veritas amanda & colenda ſit, deteſtandum mendacium, *Zach. 8. v. 19. Exod. 23. in pr. Matth. 5. v. 37. ad Coloſ. 3. v. 9. Nov. 58. verſ. Hæc autem agi, in præf.* ac prævalere debeat, & vincere Veritas *l. 31. in fin. de Teſtib. c. Conſvetudo diſt. 8. c. 22. q. 2. arg. l. 54. de O. & A. l. 5. C. de Jur. & Fact. Ign. Plato lib. 2. de LL.* Et qvod Fictio adverſetur veritati, vel vocis arguit etymon: Hinc in Jure Commentum *l. 76. de Cond. & demon.* à Dd. ſub mendacio contineri. Br. *ad l. 15. de Uſurpat. n. 21.* Falſum qvid, & mendax, A. Faber *Juriſpr. Papin. tit. 4. pr. 3.* atqve ex iis, qvæ apertè falſa ſunt, *conſtare dicitur.* Joach. Hopp. *in Tr.* Joh. Coraſ. *de Jur. art. lib. 2. Rubr. de Fict. Jur. in pr.* citra injuriam videbitur fieri, ſi Thema hoc Impium Præſidium qvis appellaverit.

Acce-

Accedit, qvod Sacræ Paginæ exempla ſelectæ Materiæ qvaſi affinia, *Gen. 27. verſ. 24. Exod. 1. verſ. 19. Joſ. 2. verſ. 4. 1. Sam. 19. verſ. 14. c. 21. verſ. 13.* cum Lamb. Danæo *Eth. Chriſt. lib. 2. c. 16. n 4.* Nonnulli inter vel non excuſabilia, vel non imitanda referunt, & per *c. 8. incipit Primum, c. Mihi, ac fermè reliqua Decretorum cauſæ 22. qv. 2. capita,* inſtant.

Eſt præterea Fictionum materia earum numero, ob qvas Juris Cultores in Scholis Philoſophorum vapulant, qvod Regulas Eorum ſpernat, & ad aſylum *l. 51. §. 1. verſ. Multa autem. ff. ad L. Aqvil.* recurrat.

Porrò cum ſint, qvi referente Joh. Corać. *Tr. de Jur. arte p. 3. c. 2. in pr.* Fictiones inter non Entia referunt, aut ſolùm, vel præcipuè ad Legis Corneliæ, & Poſtliminii numerum, ex ſententia ſingulari Joh. Calv. *in Lex. jurid. ſub voc. Fictio*, & cum Angel. Matthæac. *tr. de Vid. & rat. Juris l. 1. c. 22. n. 4.* materiam hanc coanguſtant; qvid aliud eo ipſo indicant, qvam Thema hoc fruſtrà tradi, aut non majore cum emolumento, qvam ſi qvis L. Æliam Sentiam, Caniniam, aut ſecundum Caput L. Aqviliæ, vel alia, qvæ abrogata, & obſoleta ſunt, proponat: cum tamen cottidiana attingenda ſint, monente JCto Paulo *in l. 25. de Liber. Legat.* Et hæc maximè negligenda videtur materia, qvod Scrupuloſitates olet, & Circuitus, qvos Jura vitant, ac tollunt, & qvas explodunt *l. 5. ſi cui plus qvam per l. Falcid. l. fin. § 4. C. de Cur. Furioſ. l. 53. de Cond. indeb. l. fin. C. de Adopt. l. 13. C. de Contrah. & committ. Stipul.*

Verùm qvam reprobare hæc inſtitutum meum, aut infringere Juſtitiam Thematis, minuere ejus dignitatem, neceſſitatem, aut copiam non valeant, cum in formâ Apologiæ non liceat, per theſes remonſtrare conabor; non certè ut moles materiæ, & dignitas exigunt, qvam profundiſſimis Jaſon *in l. 15. de Uſurpat. in fin.* adnumerat, ſed ut ingenii imbecillitas, & qvidem præter ſpem, & exſpectationem provocata, atqve inter

occu-

Digitized by Google

occupationes Forenſes, adeò non ſub Fori halcydoniis, exigui temporis anguſtum ſpacium, conceſſerunt.

THESIS I.

FIctionis vocabulum, qvod à fingendo, *hoc eſt*, formando, aut excogitando, ſumat originem, *in Lexicis Latinorum videre licet:* Germanicè Qvidam, **Etwas ſich bedüncken laſſen/** Alius, **halten oder achten/** Non nemo **ſchätzen/** interpretantur. (*a*) *Ort.* **Fuchsperger**/ (*b*) *Juſtinus* Goblerus (*c*) *Cöthen.* **in Dolmetſchung Juſtinianiſcher Inſtituten/ oder Anweiſungs Bücher.** *ad* §. 5. *Inſt. Qvib. mod. jus Patr. pot. ſolv.*

II.

Pro ratione ſubjectæ materiæ fingere eſt, imagine qvâdam naturæ, juriſq; veritatem adumbrare, (*a*) ad utilitatem & uſum vitæ communis, & effectum juris æqvum inducendum, lege ita diſponente. (*b*)

(*a*) *l. 23. de Lib. & Poſthum.* (*b*) §. 2. *Inſt. de Uſufr. l. 2. §. 1. de Uſufr. ear. rer.*

III.

Fictionum notæ vulgò conſtituuntur in verbis Videtur, (*a*) Creditur, (*b*) cenſetur, (*c*) intelligitur, (*d*) habetur; *nec non in vocabulis* penè, (*e*) perinde, (*f*) qvodammodo, (*g*) qvaſi, (*h*) & aliis, *per qva ſignificaretur fictio.* (i)

(a) *l. 1. §. 12. de vi & vi arm. l. 8 §. fin. de rel & ſumt. fun. l. 15. de R. J.* (b) *l 2. Pro Socio. l. 12. §. 1. l. 16. de Capt. & Poſtl. rev.* (c) *l. un. in fin pr. C. de Rei Uxór. act. c. Ex parte 13. de Cler. non reſident.* (d) *l. 16. de O. & A. l. 86. §. 2. de Leg. 1. d. l. un. l. fin. in fin. C. de Imp. & aliis ſubſtitut. §. 4. Inſt. de Inutil. Stipul.* (e) *d. l. fin.* (f) *l. 24. de cond. & demonſtr.* (g) *l. 7. de ſuis & leg. hered.* (h) *l. 13. §. 2. de iure i.* (i) *Br. ad l. 15. de Uſurp. n. 5.* Qvamvis horum verborum qvædam, qvandoqve proprietatem, ſeu veritatem denotent; demonſtrantibus hoc Celeberrimis hujus Academiæ Anteceſſoribus, & qvidem de Verbo Videtur ex §. 10. *Inſt. de I. N. G.*

&

& C §.5. Inſtit. Ex. qvib. cauſ. manum. & aliundè Excellentiſs. Dn. D. Ungepaur *Exercit. Juſtin. 4. qvæſt. 4. & 2. qv. 4.* qvoad verba creditur, intelligitur autem Excellentiſſ. & Spectatiſſimo Dn. D. Richtero *Diſſ. de Jn. & Privileg. Cred. Sect. 8.*

IV.

Significationes Vocabuli Fictionum, ut fingere ſit ponere caſum, (*a*) allegare titulum, *ſive* ſimulare, (*b*) mentiri, (*c*) hic excluduntur.

(a) *l. 6. de his qui ſunt ſui. & l. 38. de R. V. l. 30. § 3. & 7. de acqvir. vel omitt. hered. §. 4. Inſt. de Leg. Falcid.* (b) *l. 1. §. 4. §. 9. Si qvis omiſſa cauſ. teſt.* (c) *l. 52. §. 15. de Furt. l. 3. C. de Repud.*

V.

Synonyma agnoſcenda ſunt, qvod fictio Commentum, (*a*) Imago, (*b*) Color, (*c*) aliqvid non proprium, ſeu abuſivum (*d*) dicitur.

(a) *l. 76. de Cond. & demon.* (b) *l. 23. de Lib. & Poſthum.* (c) *pr. Inſtit. de inoffic. Teſtam.* (d) *l. 12. Qvi Teſtam. fac. poſſ. l. 8. de ſuis & legit. hered.*

VI.

Fictionum Definitio *in Jure nulla*, *apud* Dd. *varia eſt*, (*a*) Alciati *placet*, (*b*) Qvod Fictio ſit Juris, adverſus Veritatem, ex juſta cauſa, diſpoſitio.

(a) Aliam Br. *ad d. l. 35. de Uſurp. num 21.* reprobando alias, res Jaſon *ad d. l. num. 168.* & Farin. *Tr. de Ind. & Tortur. lib. 1. tit. 5. qvæſt. 36. n. 135. & ſeq.* recenſent. Singulares apud Hottoman. *qvæſt. illuſtr. 38.* Coraſ. *de Jur. art. c. 2. in pr.* & Joach. Hopp. *l. 2. Rubr. de Fiction.* reperire licet. (b) Hæc in Tr. de Præſ. *in pr. n. 3.* continetur; Et qvæ ſit Juridica, ut Farin. *d. l. n. 144.* exiſtimat, nec Br. qvam Menoch. *de Præſ. qvæſt. 1. n. 4.* crebrius Alii ſeqvuntur, neqve Anvam cæteris pleniorem ducit, viliores æſtimentur; tamen qvia us ſuam ex neceſſariis reqviſitis conſtare, & ſic bonam prædicta eſt.

Digitized by Google

VII.

Adverſus Veritatem induci Fictio cum dicitur, non propterea mendacium eſt, propriè & rectè ſic dictum, aut aliqvid improbandum. (*a*) Potiùs neceſſarium & utile, ac fraudi obvians, Legis, ob æqvitatem, inventum Qvis dixerit. *Ut ex ſeqventibus patet.*

(*a*) Nam qvomodo Juſtitia, Mater Veritatis, ut Rol. à Valle *Conſ. Vol.4. Conſ.32. num.34.* Baldum Eam nominaſſe aſſerit, ferret Juſtitiæ hoſtem, mendacium? Cum Jura Veritatem ubiqve attendi, & prævalere jubent. *arg. l. fin. C. de his qvi ven. ætat. c. conſvetudo. diſt. 8.* ac improbent illicita Fictionum genera, paſſim in Jure Civili expreſſa *l.7. in fin. pr de Contrah. Empt. l.6. de Curat. Furioſ. l. 52. §. 15. de Furt. l. 11. §. 12. ad L. Jul. de Adult. l. 3. C. de Repud.* Simulata *l.2. et. 1.1. C. Plus valer. qvod agit.* Per Colluſionem *l.49. de Act. Empt. l.54. de O. & A.* & in fraudem facta *l.7. in pr. de SCto Maced.* nullius valoris æſtiment. *l.30. §.5. de acqvir. vel omitt. hered.* imò mendacia puniant. *l. fin. de Rei Vind. l.23. §. 10. de Lege Aqvil. l. 9. de Reb. eorum qvi ſub ſunt. l.10. §. 1. de Fidejuſſ. l.2. C. ſi minor ſe maior. dix. Nov.18. c.10.* & Cauſarum Patronos Imper. Juſtin. conſtringit, ut cauſas improbas vel deſperatas, & ex mendacibus allegationibus compoſitas non ſuſcipiant, vel à cauſa recedant *l.14. §.1. C. de Judic.* Itaqve qvod Fictio dicitur adverſus Veritatem inducta eſſe, ſano ſenſu accipiendum eſt. Ad cujus dilucidationem ſeqventia fortaſſe qvid conferent. Cum ſit notiſſimum, officium Juris Antiſtitum in hoc conſiſtere, ut Rei publ. & Civium ſaluti omnimodò ſubveniant, qvantum fieri poteſt Legum Majeſtatem & autoritatem tueantur, ut juxta tenorem *l. un. C. de inoff. Dotib.* Lex legi concordet, procurent, & ne per crebram mutationem Jura reddantur eluſoria præcaveant; in Jure verò aliqvando ſummus rigor obveniat, qvi ob æqvitatem mitigandus eſt, naturalia autem, ſive res facti, tam firma ſint, ut nullâ Legum autoritate divelli *arg. l. 1. §. 3. de acqvir. poſſeſ.* nec per Leges facti veritas deleri. *l.30. C. de Jure dot.* aut immutari poſſint *l.2. §. 1. de Uſufr. ear. rer. §. 2. Inſtit. de Uſufr.* Ideò factum qvod Legumlatores

tores conſultò, & ex propoſito certa invenerunt remedia, per qvæ Jus ſcriptum ſervarent incolume, & conſulerent, ut rigor illius non eſſet noxæ. Ea de cauſa Bonorum poſſeſſio de qva *in* §. 2. *Inſtit. de Bon. poſſ. & t. t. ff. eod. & ibi* Weſenb. *in n. num. 2.* nec non inter Exceptiones eæ, qvæ metus cauſa, & de dolo dicuntur §. 1. *Inſtit. de Except.* ac Fictiones inventæ natæqve ſunt, & qvidem hæ ex æqvitate ut ex *l. 19. ff. de Capt. & poſtl.* apparet, introductæ ſunt. Pro Exemplo ſit: In veritate Fœtus qvi in utero eſt, non poteſt dici homo editus, & ſeparatim à Matris perſona exiſtens. *l. 9. §. 1. ad L. Falcid.* cum anteqvam edatur ſit Mulieris portio, vel viſcerum. *l. 1. §. 1. de Ventr. inſpic.* & nondum ſit in rebus humanis. *l. 10. §. 1. de vulg. & pupill. Subſtit.* & ſperatur fieri homo, *l. 14. C. de Fideic. liber.* ut revera jam tum edatur, jura per ſe efficere non poſſunt, ſiqvidem naturæ opus eſt. Jam cum Leges XII. Tabb. jus ſucceſſionis anguſtiſſimis finibus incluſerant, *§. 2. Inſtit. de bon. poſſeſſ.* & ad hereditariam Succeſſionem illum vocarunt, qvi moriente Eo, de cujus bonis qværitur, in rerum natura fuerit, *l. 6. in fin. de ſuis & legit. Hered.* adeò partus adhuc in utero conſiſtens, ut non exiſtere, ita nec eſſe in Patris Poteſtate *l. fin. de Collat.* aut ſuus heres dici poterat, *§. 2. Inſtit. de Hered. Qval. & diff. l. 12. in fin. Qui Teſt. facer. poſſ.* & ſic à Cognato exiſtente proximo debuit partus excludi: Legum cuſtodes, ut rigori medelam pararent, finxerunt Partum, in rei veritate adhuc in utero conſiſtentem, jam editum ſ. natum *l. 7. de ſtat. Hom.* §. 4. *Inſtit. de Tutel.* aut ſuperſtitem *l. 231. de V. S.* idqve propter ſpem naſcendi. *l. 1. in pr. de Ventr. in poſſ. mitt.* per qvam conceptus qvodammodo in rerum natura eſſe dicitur *l. 7. de ſuis & Legit. hered. l. 153. de V. S.* Et qvod poſſibile ſit, ac per rerum naturam fieri poſſit, ut vivus naſcatur *arg. l. 187. d. R. J.* Eaqve Fictio ad eum finem & effectum inducitur, ut conceptus interim moram faceret inferioribus, & ſibi, cum fuerit editus, locum. *l. 30. §. 1. de acq. vel omitt. hered.*

Qvo ipſo cum nihil ſit, qvod dolo vel fraudi qværit patrocinium, aut ad Proximi tendit damnum, nec ſic aliud agitur, & ſimulatur aliud; dici qvoqve Fictio neqvaqvam poteſt Mendacium.

Digitized by Google

Qvod falſam ſignificationem vocis, aut actus, & voluntatem fallendi ac nocendi, in ſe continet. Canoniſt. *ad c. Beatus c. 22. q. 2. & capit. ſummam.*

Et ut fidei, autoritati, ac Juſtitiæ Scripturæ Sacræ nihil detrahunt ea, qvæ *2. Reg. 14. verſ. 5. 6. 2. Sam. 12. in pr. uſq; ad verſ. 4.* & alibi continentur, nec non præmemorata materiæ Fictionum qvaſi affinia, (qvæ ſuo Foro examinanda, & dijudicanda relinqvo, meam verò litem illam non facio) ita certus ſum, Artem boni & æqvi iniqvitatis inſimulari non poſſe, qvod Fictiones invenerit, & comprehendat.

Notum eſt Dn. Medicos, ex inſtituto Hippocratis & Galeni fictione, ac elleboro, uti poſſe, & aliqvando cogi, Alber. Gentil. *diſp. de abuſu mendac. c. 8.* Aſtronomos varios circulos poſuiſſe conſtat, non qvia hos in Cœlo eſſe crediderunt, ſed ut commodiùs ſiderum motus deſcriberent, perpetuamqve Eorum calculi rationem conſtituerent. Petr. Gudelin. *Synt. Reg. Jur. c. 2. num. 33.* Poëtarum figmenta ac Fabulæ, occulta illa morum & naturalis Philoſophiæ Præcepta, qvàm non fraudi, ſed ſummè uſui ſint, Natal. Comes *Mythol. l. 1. c. 2. & ſeq.* monſtrat. Et Joh. Barclaj. dum in Argenide, ſive Politicam Prudentiam, ſive Regni ſui ſtatum, ſine Præceptis adumbravit, & Lycogenem dedit, Poliarchum eripuit Fatis, qvid per hoc minus voluit, aut fecit, qvam ut mentiretur, & noceret. Imo Epiſcoporum Fictiones Theodoret. *l. 4. Hiſtor. Eccleſ. c. 1.* Hiſtor. Tripart. *c. 11.* & Nicephor. *c. 14.* recenſent.

VIII.

Dividuntur Fictiones, qvod alia ſit inductiva, qvæ inducit, ſive ponit qvid eſſe, qvod non eſt, *(a)* alia Privativa, qvæ fingit qvid non eſſe, qvod eſt, *(b)* alia Translativa, ſeu Extenſiva, qvæ id qvod eſt uno modo, fingit eſſe alio modo. *(c)* Sic qvælibet à cauſâ ſortita nomen eſt. *(d)*

(a) e. g. Cum Is qvi in utero eſt pro jam nato habetur *l. 7. de Stat. Hom.* *(b)* Cum deportatus habetur loco mortui, qvi naturaliter vivit *l. 1. §. 8. de bon. poſſ. contr. tabb.*

(c) Ut

(c) Ut cum retrò occiſus fingitur, qvi hodiè mortuus eſt. *l.15. §.1 ad L. Aqvil.*

(d) Farin. *de Ind. & Tort. d. l. n. 148.* Hæc diviſio eſt Br. *ad l.15. de Uſurpat. n. 25.* Althuſius *Dicæol. l. 1. c. 17. n. 14. 16.* Translativam ſub illis comprehendit; Cui litem non denuncio, invento enim Dd. hi termini utuntur. Coras. *de Jur. art. p. 3. c. 3.*

IX.

Cauſæ Fictionum nunc ſeqvuntur; Harum Efficiens eſt æqvitas; (a) Sed non ſola, neceſſitas (b) & jus (c) concauſæ ſunt.

(a) Ea Germana, & vera eſt introducendæ Fictionis ratio, *l. 19 in pr. de Capt. & poſtl.* ut rigori prævaleret, ex diſpoſitione *l. 8. C. de iudic.*

(b) *§. 2. Inſt. de Uſufr.* Neceſſitatis enim & Utilitatis in Jure habetur magna ratio, *c. Mutationes. 34. c. 7 quæſt* 1. Sed fictionum regulariter uſus tum neceſſarius eſt, cum alia remedia deficiunt *arg. l. 23.* de *liber. & poſth l. 15. §. 2. de Adopt.*

(c) Hujus enim inventa Fictiones eſſe & reperiri in Jure tàm Civili ex *§. 5 Inſt. Qvib mod. ius P. P. ſolv. § fin. Qvib. non eſt perm. fac. teſt. §. 4. 5. 6. Inſt de Action. l. 15. de Uſucap. l. 12. l. 16. de Capt. & Poſtl. l. un. C. de rei Uxor. act. 11. C. de Poſtl. reverſ.* qvam Canonico ex *c. accuſatus 5. de Hæret.* in *6 c. ex parte 13. X de Cler. non reſid. c. 23. de Sentent. Excom. in 6.* & ex totâ materia patet.

Et qvidem Juris diſpoſitio Fictio definita eſt, ut excludatur Fictio privati *l. 8. de Caſtr. Pecul.* Qvi nihil fingere poteſt, ad Legislatoris modum, & qvod juris habeat effectum. *l. 6. ad Municipal.* Cum enim fictio debet habere effectum juris, cauſam aliam qvam legem habere neqvit. *arg. l. 54. de O. & A.* Menoch. *de Præſ. q. 8. n. 18.*

Cum jo dicitur fictionis cauſa eſſe, diſputant Dd. an & jura Gentium aliqva ſit introducta? Qvod de Fictione Poſtliminii, ex *l. 19. de Captiv. & Poſtlim. reverſ.* & acceptilatione, tanqvam ficto ſolutionis modo *§. 1. Inſt. qvib. mod. toll. obligat. ex l. 8. in fin. de Acceptil.* vulgò aſſerunt. Sed qvatenus his Fictionibus vim, qvam in efficiendo habent, tribuit Jus Civile, qvod fingit captum ſemper in civitate fu-

Digitized by Google

iſſe *l.* 12. §. 6. *& l.* 16. *de Capt. & Poſtl.* & acceptilationem, vel ad ſolum contractum Stipulationis, adeò Juris Civilis inventum, teſte Gœdd. *de contrah. & committ. Stipul. c.* 2. refert, vel mediante Aqvilianâ acceptilationem ad effectum perducit §. 1. *&* 2. *Inſt. Quib. mod. toll. oblig.* totus effectus Juri Civili tribuendus eſſe videtur. Prout de Qvæſtione hâc in genere & univerſum ſentit Celeberrimus JCtus, Seculi, ac Patriæ Decus & Præſidium Magnif. Du. Franzkius. *Exercit. Jurid.* 6. *n.* 5. *& ſeq.*

X.

Materiam Fictionum (*a*) Perſonas, Res, tempus, locum, actum, conſtituo. (*b*)

(*a*) Alii Juris Fictiones juxta ſeriem decem prædicamentorum exponunt, Everh. *in Top. loc à vi Fiction. n.* 6.

(*b*) Ex ſententia Hottom. *Qvæſt. illuſtr.* 38. *in pr.*

XI.

Hujus materiæ tam larga ſeges eſt, ut meſſe, qvod dicitur, peractâ, ſpicilegium ſupermaneat. Ex pluribus pauca pro inſtituti & temporis ratione recenſebo. Ratione perſonarum Fictio inducitur, qvoties Is, qvi nondum exiſtit, jam revera eſſe, (*a*) aut Is, qvi revera exiſtit, alius eſſe, qvam in veritate eſt, fingitur, (*b*) aut cum plures perſonæ eſſe una, (*c*) ſive Res, qvæ propriè Perſona non eſt, eſſe Perſona cenſetur. (*d*) Vel cum Jura id, qvod homo non egit, aut non egit ipſe, pro facto, & ab Eo geſto habent. (*e*)

(*a*) Hoc fit, qvoties Is, qvi in Utero eſt, perinde, ac ſi in rebus humanis eſſet *l.* 7. *de Stat. Hom.* & ſic pro jam nato §. 4. *Inſt. de Tutel.* & ſuperſtite, ut JCtus *in l.* 231. *de V. S.* ait, habetur; in eis, qvæ ad commodum partus ſpectant, *d. l.* 7. & conferri poſſunt in tempus naſcendi. *l.* 2. §. 6. *de Excuſat.*

(*b*) Scilicet cum Elector S. R. I. aut Conſiliarius, vel Senator ſummi principis pars ipſius Corporis eſſe dicitur. A. B. *tit.* 24. *l.* 5. *C. ad L. Jul. Maj.* & in ſumma Patriciatus dignitate conſtitutus Pater Imperatoris appellatur §. 4. *Inſt. Quib. mod. jus P. P. ſolvit.* Qvia

 ſemper

ſemper circa latus Principis agunt *l. 30. de Excuſ. Tut.* Cum qvi arrogat Pater, aut Avus §. 2. & 11. *Inſt. de Adoption.* & adrogatus Filius §. 8. aut Nepos § 11. appellantur, & hoc perinde eſſe videtur, qvaſi Nepos adoptatus ex Filio natus eſſet. *l. 43. de Adopt.* Idem evenit, cum Legitimati Legitimis æqviparantur. *Nov. 89.* & maximè per Matrimonium ſubſeqvens legitimati nihil differre à legitimè natis dicuntur. *d. Nov. c. 9. C. Tanta. X. Qui Fil. ſint legit.* adeò ut cum Liberis legitimè natis ſuccedant Parentibus, *Nov. 12. c. fin.* Illis legitima debetur, ut ſuo heredi §. 2 *Inſt. de hered. qvæ ab int.* ſtatuta Eos ſub legitimis comprehendunt, Hartm. Piſt. 2. *q. 41. n. 3. & 15.* Eliguntur Epiſcopi, & absqve diſpenſatione ad ſacros Ordines promoventur. CAN. *in c. innotuit X. de Elect.* gl. *in d. c. Tanta.* non tamen ad Cardinalatus dignitatem, idqve ex Conſtit. Sixti V. nam ibi diſpenſatione opus eſſe allegat Fr. Fulg. *Tr. de iure Emphy. c. de ſucceſſ. in bon. Emphy. q. 5. n. 2.* Alias ad ſucceſſionem in emphytevſi. Idem *d. l.* Aug. Borb. *tr. de Off. & Pot Epiſc. p. 2. all. 1. n. 33.* Et ad Fendi ſucceſſionem admittuntur, ubi ſpeciales Conſtitutiones Eos non excludunt. Præfat. Excell. Dn. D. Ungepaur. *Exercit. Jud. 6. q. 5.* Nec non Excell. Dn. D. Struvius Hoſpes & Mecænas honoratiſſimus, *Syntag. Jur. Feudal. Diſp. 9. th. 3. n. fin.* Addunt alii qvod in *Regnis*, *Electoratibus*, & *Maioratibus*, qvoqve ſuccedant. Beſold. *de ſucceſſ. reg. l. 1. diſſ. 9. n. 8.* M. Rümelin. *ad A. B. diſſ. 6. conc. 12.* Molina. *de Hiſp. prim. orig. l. 2. c. 1. n. 6. 7.* Porrò hoc etiam accidit, cum Filiasfamilas in publicis cauſis loco Patrisfamilias *l. 9. de his qvi ſunt ſui.* Advocatus pro milite habetur *l. 14. C. de Adv. diverſ. iud.* Et Pater qvi ſanæ mentis eſt, ob qverelam inofficioſi, colore qvæſito, dementiæ inſimulatur *pr. Inſt. de Inoff. Teſt. l. 2. ff. Eod.* & Minorem jura Majorem putant. Dd. *in auth. Sacramenta C. ſi adverſ. vendit.* Ac Fratrum Filii in ſucceſſionibus hereditariis Parentum locum ſubintrant, & defunctos eos repræſentant. *Nov. 118. c. 3.* Qvæ approbatur in Receſ. Imper. *de anno 1521.* zu Nürmberg: contra Obſervantiam in contrarium introductam, de qvâ Landrecht *lib. 1. art. 17.* Gl. Latin. *ſub Lit.* F. Coler. *p. 1. deciſ. 48.* Qvod jus Novellæ ex ſingulari Privilegio & Jure Wratislaviæ obſervatur. Breßl. Statut. *art. 2.* §. Ob denn auch wohl ꝛc.

Penſ-

Pertinet huc qvod cingendus habetur pro cincto; *l. pen. de milit. teſt.* Doctorandus pro Doctore, Riminald. *conſ. 216. n. 68. l. 2.* matriculandus pro matriculato. Beroi. *conſ. 168. n. 8. vol. 3.* inveſtiendus pro inveſtito. Schrad. *de Feud. p. 10. ſect. 1. n. 114.* abſolvendus pro abſoluto, condemnandus pro condemnato *l. 8. §. 2. de Manumiſſ.* Natta *conſ. 233. n. 5. Tom. 1.*

(c) Veluti Pater & filius *l. fin. in fin. C. de impub. & aliis Subſtit. c. Jam itaq; 8. c. 1. q. 4.* qvi dicuntur eſſe una caro *c. contradicimus 21. c. 35. q. 3.* & unum corpus *l. 22. C. de Agricol. & Cenſit. l. 11.* Sic Patris vox tanqvam Filii eſſe, qvoad acqviſitionem intelligitur. §. *4. in fin. Inſt. de inutil. Stipul.* & *in Perſona Filii Pater iniuriam patitur* §. *2. Inſt. de Iniur.* Imò propter unionem hanc lis aut judicium, niſi de caſtrenſi peculio, inter Patrem & Filium regulariter eſſe non poteſt, *l. 4. l. 11. de Judiciis.* cum nemo cum ſeipſo litiget *l. 16. de Furt.* Aut cum Defunctus & Heres ponuntur pro una Perſona, *arg. l. 30. Ex qvib. cauſ. mai.* & hic illum repræſentat, ac ille in hoc vivere cenſetur *Nov. 48. in Præf.* & *ob iniuriam Defuncti cadaveri factam heres,* aut bonorum Poſſeſſor *ſuo nomine habet actionem l. 1. §. 4. de iniur.* Nec non cum reſpectus debitoris & Creditoris confunduntur, ut in Caſu *l. 7. C. de Pactis.* Qvam confuſionem Imper. Juſtin. ſuſpendit *in l. fin. §. 9. C. de iure delib.* Adde Dn. Franzk. *Var. reſ. l. 3. reſ. 5. n. 15. & ſeqq.* Nihilominus hæc Fictio habet Locum in Poſtliminio, ubi Is qvi per captivitatem factus eſt ſervus hoſtium *l. 22. in pr. de Capt. & Poſtl.* cum qvocunqve modô *l. 26. Eod.* rediiſſet in fines ſuos, animo in Civitate manendi, *l. 5. §. 3. d. l. 26. h. t.* Liber ſemper, & civis manſiſſe creditur *§. 5. Inſt. Qvib. mod. ius P. P. ſolv.* qvaſi in medio nulla interceſſiſſet captivitas, *l. 12 §. 5. 6. de Capt. & Poſtl.* & præterea jus priſtinum recipit *l. 19. in pr. Eod.* In qvibusdam tamen effectus juris poſtliminii conſtringuntur, aut ſortiri locum non poſſunt, ut in Poſſeſſione, qvæ cum plurimum facti habeat, & ad ſui retentionem reqvirit actum corporalem, Jaſon. *ad d. l. n. 103. & ſeq.* poſtliminio non reſtituitur, *l. 19. Ex qvib. cauſ. mai.* Sed de novo aſſumenda eſt. *l. 23. §. 1. de acqvir. vel amitt. poſſ.* Et in rebus extinctis *l. 98 §. 8. de ſolut.* aut eis qvæ ſunt illius generis, ut redire neqveant. *l. 2. §. 2. de Capt. & poſtl.* Speciale qvoqve eſt in Uxore, ut cum ea in captivi matrimonio non

eſſe

eſſe dicatur *l.* 12. §. 4. *Eod.* Conſenſus redintegratione opus ſit *l.* 14. *Eod.* ſic nec fides hoſti, tempore captivitatis data, qvoties promiſſum in promittentis poteſtate eſt, rumpi poteſt. *l.* 5. §. 3. *Eod.* Dn. Franzk. *Exercit.* 12. *in Coroll.* 3 & 4. Supplementi vice ex Jure Canonico, pro ſpecie ejusmodi Fictionum adducendus eſt *c. aliter* §. *ita peractae.* 30. *q.* 5. & *c. Ferrum. diſt.* 50. in qvo criminoſus poſt pœnitentiam dicitur deſinere eſſe, qvod fuit, & adulter fingitur, qvi talis non eſt.

(d) Ut hereditas *l* 22. *de Uſurpat. l.* 22. *de Fidei.* qvæ heredis perſonam dicitur ſuſtinere. *l.* 24. *de Novat.*

placet adjungere qvæſtionem; An Bullatus Doctor, promotis, & receptis legitimè, ſit verè, an verò aliqvo Fictionis remedio æqviparandus? Poſterius ne dum largiri velle videtur Dn. Coler, *de P. E. p.* 2. *c.* 3. *n.* 135. A qvo licet non niſi invitus diſſentiat Dn. D. Richterus, ut de ſe loco ſuperius allegato ſcribit, tamen contrarium ſtatuit, & probat, in Expoſ. ad auth. Habita. C. Ne Filius pro Patre *p.* 3. 3. *membr.* 1. *n.* 9. & antea Dn. D. Arumæus *diſcurſ. ad* A. B. 2. *l.* 5. qvod ſeqvor.

(e) Prius ſit in Stipulatione pro dote, *l. un.* §. 1. & §. 13. *C. de Rei Uxor. act.* Et in Caſu, ubi ſervus propter adverſam valetudinem ſervire impeditus, nihilominus ſervire intelligitur *l.* 4. §. 5. *de Stat. Liber* Poſterius, ubi Pater Filio heredem inſtituit, §. 2. *Inſt. de Pupill. ſubſtit.* Nec non in Precario, *l.* 4. §. *fin. l.* 5. *de Precar* & tacita relocatione, *l.* 13. §. *fin. Locati.* de qvâ Card. Mantic. *Tr. de Tac. & ambig. conv. l.* 5. *tit.* 15. Et qvoties per alium poſſeſſionem acqvirimus, aut exercemus, *l.* 19. *de acqvir. poſſ.* §. 5. *Inſt. de Interd.* Huc pertinet Conſtitutum poſſeſſorium, de qvo plenè Tiraq. *Tr. ſingulari de Jure Conſtituti Poſſeſſori,* & poſt Eum A. Faber *Tr. de Error. Pragm. Dec.* 4. *err* 3. *& ſeqq.* Huc referendi caſus, cum qvis ſolvit. *l.* 15. *de Reb. Credit.* & ad eam Vigl. *n.* 39. *l.* 180 *de R. J. l.* 3. §. *pen. de don. inter Vir & Uxor.* Qvæ Lex materiam Fictionum à ſuſpicione circuitus apprimè liberat. Et cum perveniſſe ad Te videtur, qvod per Te ad alium pervenit *l.* 171. *de V. S.* Huc etiam pertinet, qvod id, qvod major pars Collegii, vel Curiæ, aut Capituli fecit, pro eo habetur, ac ſi omnes egerint *l.* 19. *ad Municipal. l.* 46. *C. de Decur. lib.* 10. & ad univerſos refertur, qvod

 ſit

fit per Majorem partem *l. 160. §. 1. d. R. J.* Qvod ferè omnium Gentium conſenſu probatum eſſe, ſc. ut pars major habeat rationem integri, ex Jure probat, & referendo Seſe ad integrum Doctorum exercitum, ex Rumel. ad A. B. *diſſ. 3 §. 20. add. lit. A.* Excell. Dn. D. Strauchius, Promotor meus, & Mecænas Colendiſſimus deducit *Exercit. Exoter. diſſ. 7. §. 1.* Qvod qvis fecit per alium, ipſe feciſſe, videtur *l. 56. de iudic. l. 1. §. 12. de vi & vi armat. l. 169. de R. J. c. qvi facit. reg. 72. de R. J. in 6.* Dehinc mandans dejicere, & damnum dare, tenentur *l. 152. §. 1. de R. J. d. l. 169.* Et exemiſſe interpretamur, cum qvis per alium exemit. *l. 5. in pr. Ne qvis eum qvi in ius voc.*

Huc referri poteſt, qvod Is, qvi dolo poſſidere deſiit, pro poſſidente habetur *l. 131. de R. J. c. 36. X. eod. in 6.* & qvi dolo fecit, qvo minus haberet, pro eo habetur, ac ſi haberet *l. 157. §. 1. Eod.* Ita ut rei vindicatoria, & hereditatis petitio, contra Eum dentur, ſi ante litem conteſtatam dolo poſſidere deſiit. *l. 27. §. 3. de R. V. l. 20. §. 6. de hered. petit.* vel dolo fecit, ne hereditatem ab initio poſſideret *l. 1. §. 12. Si qvis omiſſ. cauſ. teſt.* Horum enim in hoc eſt par conditio *l. 151. de R. J.* & pro poſſeſſione dolus eſt. *d. l. 131. Eod. l. 12. l. 21. in pr. de Noxal. act.* Sic etiam ad Exhibendum contra talem agi poteſt. *l. 9. in pr. ad Exhibend.* Videtur & huc referri poſſe 1. qvod in crimine læſæ Majeſtatis voluntas pro facto habetur, & punitur, *l. 5. C. ad L. Jul. Mai.* A B. *art. 24.* Qvod enim delictum attentatum pro perfecto habetur, eſt per fictionem. Menoch. *d. A. J. Q. l. 2. cent. 4. c. 360. n. 109.* Et 2. qvod qvi dat occaſionem damni, damnum ipſum dediſſe videtur. *l. 30. §. 2. ad L. Aqvil.* Addo 3. qvod tacens pro conſentiente habetur *l. 142. de R. J. c. 43. & c. ſeq de R. J. in 6. c. fin. de Confeſſ. in 6.* Cujus Caſus ſpecialis *in l. 2. §. 2. ſolut. matrim.* & hujus ratio *in l. 8. §. 9. Qvod metus cauſa.* à Dd. exceptio *l. 7. §. 1. de ſponſalibus* ponitur. Qvæ regula allegata locum habet ubi de commodo tacentis agitur *l. 18. Mandat. Clem. 1. de Conceſſ. præbendæ.* vel cum præſens actum, ſive negotium cum poteſt, non impedit *l. 6. C. Mandati l. 60. de R. J.* Inde eſt qvod is contra qvem eſt lata ſententia, ſi tacet, & non appellat, conſenſiſſe videtur *l. 3. C. Qvomodo & qvand Judex ſent.* Aliàs in oneribus tacens, non habetur pro conſentiente *l. 8. §. 1. de Procurat.*

XII. Econ-

XII.

E contrariò ratione Perſonarum Fictio qvid privat; cum Is, qvi naturaliter exiſtit, non exiſtere, (a) aut perſona talis, qvalis eſt, non eſſe fingitur, (b) vel qvi aliqvid fecit, id non feciſſe, (c) aut qvod habet, non habere dicitur. (d)

(a) Fit hoc, cum Perſonam, qvæ vivit, vitâ privant jura, ut eſt Monachus *l. 56. pr. C. de Epiſc. & Cler. c. Placuit 8. c. 16. q. 1.* Servus pœnæ, ſeu Deportatus *l. 63. §. fin. Pro ſocio.* Is cujus univerſa bona publicata ſunt, *l. 65. §. 12. Eod.* Cum Captus ab hoſtibus, non eo tempore, qvo apud hoſtes verè moriebatur, ſed retrò, cum caperetur, *l. 18. de Capt. & Poſtl.* & ſic ubi naturaliter adhuc vixit, ex Corneliano Scipionum invento, Vigl. *ad §. fin. Inſt. Qvib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* fingitur mortuus *d. l. 18.* Hoc loco monendum eſt: licet Chriſtiani ſe invicem in ſervitutem non redigant, Dd. *ad Tit. Inſt. de iure Perſon. Digeſt. de Stat. Hom. & dict. §. fin.* attamen cum inter Eos, & Chriſtiani nominis hoſtes, ac Barbaros ſervitus adhuc obtinere dicitur, Reichs Abſchied zu Speier 1542. & juxta effatum D Hieroymi *Epiſt. 3.* noſtris peccatis Barbari ſemper fortes ſint, dies diem docet hujus Corneliæ Legis, & juris Poſtliminii Fictionum uſum eſſe. Sternit porro & Privativæ Fictioni, ratione Perſonarum, viam, cum Spurii Pater intelligitur nullus eſſe *§. 4. Inſt. de Succeſſ. Cognat.* ex qvo talis non eſt, qvem Jura Patrem eſſe reputant. *l. 5. de in ius vocand. l. 10. circa fin. pr. C. de Adopt.* & vulgo qvæſitus non habet aliam originem, qvàm Matrem, ejusqve ſeqvitur conditionem *l. 1. §. 2. Ad Municip.* Servus pro nullô habetur. *l. 32. de R. J.* qvi tamen perſona dicitur, in *l. 22. Eod.* & ſub Hominis ſtatu comprehenditur *l. 86. §. 2. de Leg. 1.* Et revera conjugatum, Leo Papa non habere Uxorem in *c. Lex continentiæ diſt. 31. reſcripſit.* Viduata dicitur Eccleſia, qvæ Epiſcopum habet inutilem. *c. inter corporalia 2. de Transl. Epiſc. verſ. ſed neq; iſtud.*

(b) Cum furioſus aut Pupillus præſentes abſentium locorum habentur, *l. 2. §. 3. de Jure Codicill. l. 27. §. 5. de Recept. qui arbit.* & dormientbus æqviparantur. *l. 1. §. 3. de acq. poſſ.*

(c) Ut ſunt ea, qvæ qvis contra ll. facit, *l. 14. §. 1. in fin. C. de SS.*

Digitized by Google

Eccleſ. aut bonos mores, *l. 4. C. de Inutil. Stipul.* Dd. *in l. 15. de Cond. Inſt.* Inde ſponſalia contra Legum & Conſtitutionum interdicta, facta, pro non factis habentur. *l. 5. C. de Sponſal* & ſtipulationi contra bonos mores interpoſitæ juris autoritate actio denegatur *l. 5. C. de condict. ob turp. cauſ.* Alium caſum *l. 3. §. 3. C. Commun. de Legat.* continet.

(*d*) Cum habens qvidem poſſeſſionem, eam tamen, cauſa in Judicium deductâ, ex interpoſitâ conteſtatione, dum ſuper poſſeſſione vacillat, aut dubitat, non habere intelligitur *l. 10. C. de Acqvir. Poſſeſſ.*

XIII.

Circa Res Fictio qvid inducit, qvoties aliqvid adhuc extare cenſet, qvod conſumatum eſt, (*a*) aut eſſe jam, qvod nondum exiſtit, (*b*) aut rem id eſſe, qvod non eſt. (*c*)

(*a*) Ut cum vivere dicitur, qvi in acie pro Republ. cecidit. *pr. Inſtit. de Excuſat.* Cum ob moram *l. 56. §. fin. de V. O.* vel culpam, Servus mortuus, vel occiſus, tanqvam ut adhuc homo peti poteſt, *l. 91. §. 7. Eod.* & pro vivo habetur. *l. 31. §. 12. de Ædil. Edict.* & ejus rei Uſusfructus conſtituitur, qvæ permutatione extingvitur. *§ 2. Inſt. de Uſufr. l. 2. de Uſufr. Ear. rer.*

(*b*) Nimirum, cum Conditio pro completa habetur, cui non paret is, qvi omnimodo illi parere poteſt *l. 1. §. 8.* ſi qvis omiſſa cauſa. *l. 23. de hered. inſtit.* Et qvæ adhuc pendet pro adimpleta, *l. 24. de cond & dem.* aut in inſtitutionibus, Legatis, nec non Fidei comiſſis pro pura habetur. qvæ impoſſibili conditione ſuſpenſa eſt, *l. 63. §. 7. ad SCtum Trebell. §. 10. Inſt. de Hered. inſt.* Cum inceptum, pro jam facto *l. 19. §. 11. de aur. & arg. legat.* infectum pro facto habetur *l. 39. de R. J.* & deſinere poſſe, qvod nondum incepit, *l. 3. Uſufr. quemad. caveat.* aut res in bonis eſſe, dicitur, cum ad recuperandam eam ſaltem ſupereſt actio. *l. 52. de acq. rer. dom. l. 15 de R. J. l 143. de V. S.* ſive realis, ut vindicatio, *l. 215. §. fin. eod.* ſive perſonalis *l. 27. §. 2. de aur. & arg. legat.* Item cum vi dejectus perinde habetur, ac ſi poſſideret, qvatenus interdicto de vi recuperandæ poſſeſſionis facultatem habet. *l. 17. de acq. vel amitt. poſſ.* Inde re excluſus non videtur, qvi in integrum

poteſt

Digitized by Google

poteſt reſtitui. *l. 5. de in integr. reſtit.* & vim, metumvè paſſus, rem in bonis dicitur habere. *l. 9. §. 6. Qvod met. cauſ.* Addendum eſt, qvod imò is cui interdictum. Qvorum bonorum competit, qvod eſt adipiſcendæ poſſeſſionis, ob hoc bona defuncti vel ut poſſidere cenſetur. Dd. *ad § 2. Inſt. de Interdict.* Qvod merito ad Fictiones refertur, cum in veritate minus ſit actionem habere, qvam rem. *l. 204. de R. J.* pertinet huc & Publiciana actio, qvæ inceptam Uſucapionem pro completa habet. *§. 4. Inſt. de Action.*

(*c*) Qvod in Subrogationibus contingit certo caſu, maximè ubi pretium ſuccedit in locum rei. *l. 18. Qvod met. cauſ. l. 36. §. 3. de don. inter vir. & uxor.* Pauerm. *de Juriſd. l. 2. c 6. n. 32. & n. 109.* Tum enim ſubrogatum ſapit, & induit naturam ejus cui ſubrogatur. *l. 32. de Jure dot.* ubi utriusqve eſt par ratio, modus & finis. Dn. Reincking. *in enarr. l. fin. n. 164. C. de Pact.* Sic Sponſalia de Futuro, interveniente copulà carnali, tranſire dicuntur in verum matrimonium. *c. Is qvi, 30. de Sponſal.*

Reditus annui, ſi ex immobili debentur, & perpetuo, aut ad longum tempus ſunt duraturi, etſi in frumento, aut pecunia ſolvuntur, immobilibus annumerantur. Dd. *per Clem. exivi. 1.* ibi cumqve annui reditus inter immobilia cenſeantur, *de V. S. & l. 14. C. de SS. Eccl.* ad verba, *aut annonas Civiles.* Köppen *deciſ. 24. n. 3.* Breßl. Statuta *art. 11. §.* Vor unbewegliche. Qvibus & actiones & nomina, immobilibus inhærentia, Natta *Conſ. 146. n. 13.* Jura incorporalia, Berl. *p. 3. concl. 50.* munitiones Caſtrorum, ac arcium, Alii adnumerant, & pro immobilibus reputant, *arg. l. 242. § fin. de V. S. l. 17. §. 7. de Act. Empt.* nec non Homines glebæ addictos, cum & Hi pars fundi eſſe, & terræ inhærere cenſeantur. *l. 2. & 6. C. de Agricol. & Cenſit* Dd. *ad l. 3. de diverſ. & tempor. præſc.* & animalia ad Soccidam data, vel das eiſerne Viehe / qvod Ruſtci emigrantes in prædio relinqvere tenentur. Vid. Matth. Steph. *de Juriſd. l. 2. p. 1. c. 7. memb. n. 200.* Wehn. in voc. Eiſern Viehe. Pecunia ad emptionem prædiorum deſtinata. Jaſon. *in l. Cætera §. Sed ſi n. 22. de Leg. 1.* Col. *de P. E. p. 2. c. 3. n. 28.* tum n. deſtinatum, & factum æſtimantur ad paria, & unum alterius naturam induit. Gl. *in l. fin. C. de dot. promiſſ. l. 55. §. 2. de Legat. 3.*

Digitized by Google

XIV.

Privativè circa res fingunt Jura, cum res qvæ exiſtit *adhuc*, in rerum natura dicitur non exiſtere, & ſic habetur pro perempta, (*a*) & qvod completum eſt, aut factum, pro non impleto (*b*) aut facto æſtimatur. (*c*)

(*a*) Ut de publicatis in præcedentibus jam probatum, qvibus pares ſunt RES CONSECRATÆ *l.* 105. *de cond. & demon. l.* 4. *Comm. Præd. l.* 63. §. *fin. Pro Soc.* & Res per additionem alteriꝰ rei accedentes, cujus Exemplum in Purpura §. 26. *d. R. D.* & Ferruminatione *l.* 23. §. 5. *de R. V.* vulgò ponunt.

Fit & hoc cum dicitur rem non habere Eum, cui rei pretium abeſt. *l.* 34. §. 7. *de Leg.* 1. Et cum dicitur id non eſſe in bonis noſtris, qvod actione aliqva nobis evinci, aut auferri poteſt *l.* 190. *de R. J.* Tum, cum onus legitimæ adjunctum & impoſſibilis Conditio pro non adjectis habentur, *l.* 32. *C. de inoff. Teſt. l.* 3. §. 3. *C. Comm. de Legat.* Referri huc etiam poteſt Conditio Edictis Imperatorum, Legibus, & bonis moribus contraria, vel deriſoria, & improbabilis, ut loqvitur JCtꝰ Marcianus *l.* 14. *de Condit. Inſti.* qvæ & ipſa pro infecta æſtimatur.

(*b*) Qvod Paulianæ actionis proprium eſt, qvæ traditionem factam habet pro non facta, & Reſciſſoriæ, qvæ uſucapionem impletam, pro non impleta reputat § 5. & §. 6. *Inſt. de Action.*

(*c*) Fit hoc, cum jusjurandum improbatæ publicæ Religionis pro eo habetur ac ſi juratum non eſſet. *L.* 5. §. 3. *de Jurej.* Nec non cum qvis fecerit inveſtituram, vel cambium, de beneficio ſui militis ſine illius conſenſu cujus eſt beneficium, id enim pro non facto habetur. 1. *Feud.* 22. §. *Si qvis fecerit.* Siqvidem pro infecto non minus habetur, qvod fit conta legem. Excell. Dn. Præſes Mecænas devenerandus, *Diſp. Feud.* 5. *in Elabor. ad allegat. text.* 1. *Feud.* 22. *lit. e.*

Item fit hoc cum Inſtitutionibus, Legatis, Fideic. impoſſibilia vel turpia adjecta pro non adjectis habentur §. 10. *Inſt. de hered. inſt. l.* 104. §. 1. *in fin. l.* 112. §. 3. *de leg.* 1. *l.* 6. *l.* 20. *de Cond. Inſtit. l.* 16. *in fin. de inj. rupt. irrit.* ſed remittuntur, *l.* 20. *de Cond. & dem. l.* 9. *de Cond. Inſt* & ſunt nullius momenti *l.* 137. §. 4. *de V. O.* legatum capitur ac here-

Digitized by Google

hereditas *l. 20. in fin. pr. de Cond. Inſtit.* qvia hæc adjectio nullam vim habet, nec attenditur *l. 45. l. 50. §. 1. de hered. inſt.* licet pœnaliter concepta ſit. *l. 61. de V. O. l. 4. C. de inutil. ſtipul.* In Stipulationibus aliter res ſe habet, ibi enim conditio impoſſibilis adjecta vitiat ſtipulationem. *§. 11. Inſt. de Inutil. Stipul. l. 1. 7. de V. O. l. 1 §. 11. de O. & A.* Qvod & ad alios Contractus extendit JCtus *in l. 31. Eod.* ubi addit rationem.

XV.

Ratione temporis ortæ ſunt Fictiones, cum Jura virtualiter & mixtim poſterius tempus priori, aut contra incluſerunt. (*a*)

(*a*) Huc referenda Retrotractionis materia, & ad eam Ratihabitio, qvæ in negotiis geſtis reducitur ad tempus, in qvo contractum eſt, *l. 25 inf. C. de donat. int. Vir & Ux. l. 16. §. 1. de pign. l. fin. de bon. poſſ.* mandato æqviparatur, & confirmat ex poſtfacto ea, qvæ ante facta ſunt *l. fin. C. ad SCtum Maced. l. 60. de R. J.* non ſecus ac ſi ratificans, eo tempore, qvo contractum eſt, fuiſſet præſens. *l. 71. §. 1. de Solut.* Nec non cum Is qvi apud hoſtes mortuus eſt, tunc deceſſiſſe videtur, cum captus eſt. *l. 18. de Capt. & poſtl.* & retrò in Civitate fuiſſe creditur, qvi ab hoſtibus advenit. *l. 16. Eod.* Huc etiam referri poteſt cum in Succeſſionibus heres, qvandocunqve adeundo hereditatem, jam tunc à morte teſtatoris ſucceſſiſſe defuncto intelligitur *l. 54. de acq. vel omitt. hered. l. 138. l. 138. l. 193. de R. J.* & Fidejuſſio licet præcedit obligationem *§. 3. Inſt. de Fidei.* tamen & ſeqvela principalis obligationis dicitur *l. 5. §. 16. de Inſt. act.* & acceſſio. *l. 91. §. 4. de Verb. Obligat.* Nec non cum in Conditionibus jam demum exiſtente Conditione videtur ſolutum, qvod ante ſolutum eſt. *l. 16. de ſolut.* & in Stipulationibus conditionalibus ſpectatur tempus Contractus. *l. 78. de Verb. Obligat.* Occiſus retrò, qvi modò moritur. *l. 15. §. 1. ad L. Aqvil.* & damnum datum retrò *l. 18. §. 11. de dam. infect.* intelligitur. Hic attendenda eſt notabilis Inſtrumentorum Mandati Clauſula, cum per verba Nunc prout ex Tunc, & Tunc prout ex Nunc Termini à qvo & ad qvem ac contrà junguntur, ut unum tempus videatur ineſſe alteri, & ſic ex qvolibet actus ſumere poſſit initium. Wehn. *Pr. Obſ. ſub Lit. I. voce* Jetzt alsdann. Qvid in aliis hæc

Clau-

Digitized by Google

Clauſula operetur, exponunt Dd. paſſim, & Guido Papa *Deciſ. 588. n. 2.* plenè Dn. Franzkius *Var. reſol. l. 3. reſ. 1. n. 56. 61. 72. 77. & ſeq.* Huc pertinet, qvod in qvibusdam caſibus annus cœptus, pro completo habetur. *l. 8. de Mun. & Honor.* & tempus proximè complendum pro completo *l. 5. Qui Teſt. fac. poſſ.*

XVI.

An in Fictione retrotractionis ratione extremorum Temporis à qvo, & ad qvod, qvædam reqviratur habilitas, & qvidem ita, ut ſine illâ ſubſiſtere ea fictio non poſſit? Dd. ſubtiliter diſputant. Et Matthæac. qvidem *d. l. 1. c. 20. n. 17.* hæc extrema deliramentum Interpretum æſtimat, ex Judicio Coraſ. *de jur. art. p. 3. c. 4.* Br. autem *ad d. l. 15. n. 3. & 28.* Jaſon. *Eod. n. 8.* ac qvi Eos ſeqvuntur plures, contrarium tenent. (*a*)

(*a*) Neguſ. *de Pign. mem. 2. p. 5. n. 40. & ſeq.* Seb. Medic. *Tr. de Leg. & Stat. p. 4. q. 25. n. 5.* Tiraqvell. *Tr. de Jure Primog. q. 34. n. 23.* Alexand. Raudenſ. *Tr. de Analog. & Univ. l. 1. c. 34. n. 145.* Dn. Franzk. *d. l. n. 62.* Fictionem enim offendere debere extrema habilia, & qvidem in ſpecie in paſſu legitimationis tempora conceptionis & nativitatis probat præallegatus Excell. Dn. Præſes *in notis & animadv. ad Diſſert. Suthol'ti 2. aph. 62.*

XVII.

Privativè qvoad Res conceptæ Fictiones apparent, cum inter Patris mortem, & Filii ſui heredis, ſucceſſionem non intercedere temporis intervallum videtur, *l. 11. de Liber. & Poſth.* Alius Caſus exprimitur in *l. fin. Comm. Præd.*

XVIII.

Loci Fictiones, qvamvis in Corneliæ Legis, & Poſtliminii ut plurimum, & præmiſſarum alias incidunt. (*a*) adhuc tamen ſpeciales aliqvæ ſuperſunt. (*b*)

(*a*) Ut cum apud hoſtes mortuus in loco captivitatis obiiſſe, reverſus ab hoſtibus extra civitatem non fuiſſe, is qvi in utero eſt, extra uterum eſſe, in loco præſens extra locum fuiſſe dicitur, per Jura all.

Cum

(*b*) Cum ob peſtem aut bellum in itinere, aut tranſitu natus, natus fingitur in Civitate, in qva Pater civis eſt *l. 34. §. 10. de Legat. I.* In vico Reipubl. natus habetur civis Reipubl. cui Vicus reſpondet Magnificus & Excellentiſſ. JCtus Do. Hahn *in Obſ. ad Weſ. Tit. ff. ad Municipal. in pr. arg. l. 147. de V. S.* Abſens cum Epiſcopo & in Ejus ſervitio conſtitutus, aut infirmus, reputatur præſens, & beneficia recipit, qvæ aliàs ſaltem reſidentibus tribuuntur *c. ad audientiam 6. ex parte 13. de Cler. non reſid.*

XIX.

Actus Fictiones partim Antiqvitas introduxit, [*a*] qvarum qvædam exſpirarunt: Aliæ in fictis traditionibus, [*b*] & ſolutionibus [*c*] tenent locum.

(*a*) Tales ſunt imaginariarum Venditionum illæ de qvibus *in l. 1. §. 6 de Quæſt. §. 1. Inſt. de Teſt. ord.* Nec non numerationes dicis cauſa factæ. *l. 4. Commod.* & Solutiones uno nummo præſtitæ, *l. 66. de Jure dot.*

Cum res Geradicas Uxor vendit marito, pro viliſſimo pretio, & hoc etiamnum dicis cauſa numeratur. Contractus verò ille tam validus eſt, ut nec per Beneficium, *L. 2. C. de reſcind. Vendit.* infirmari poſſit, demonſtrante hoc JCtorum noſtri ſeculi ſummo Principe, Magnif. Dno. Carpzov. *Juriſpr. Rom. Sax. p. 2. Conſt. 12. def. 11. 12.* annon hoc ipſum qvid imaginarii ſapiat? in medio relinqvo.

(*b*) Qvæ in incorporalibus, veram traditionem non recipientibus *l. 43. §. 1. de acq. rer. dom.* eſt uſus ſeu utendi conceſſio, *l. fin. de ſervit.* in Mobilibus voluntas & patientia domini. e. gr. cum rem qvæ ex commodati, aut alia cauſa jam eſt apud Emtorem, & Ego eam Ei relinqvo, per hoc tradita cenſetur *§. 44. Inſt. de Rer. deviſ. l. 9. §. 5. l. 21. de acq. rer. dom. l. 9. §. 1. de Publ. in rem act. l. 62. de Evictione.* aut qvoties in Societate omnium bonorum, per communicationem res traditæ intelliguntur *l. 2. Pro Socio.* in Contractu cum Eccleſia celebrato interceſſiſſe traditio creditur, aut per actus alios, puta Vini deguſtationem *l. 1. in pr. de per & commod. rei Vend.* aut rei emptæ ſignationem *l. 14. Eod.* demonſtrationem *l. 1. §. 21. de acq. vel amitt. poſſ.* vel Cuſtodis adpoſitionem *l. 51. Eod.* Clavium apud horrea *l. 47. de contrah.*

Digitized by Google

Empt. aut cellam vinariam traditionem *d. l.* 1. §. 12. ſignata tradita putamus: qvæ clavium traditio, ubi non ipſæ res Geradicæ, ſed earum deſignatio cum clavibus traditur, itidem fictæ traditionis ſpeciem repræſentat Dn. Carpz. Reſponſ. *l.* 5. *tit.* 7. *reſponſ.* 69. *n.* 9. 10. Caſus fictæ traditionis ſpeciales alios notavit præfatus honoratiſſimus Dn. Promotor D. Strauch. *Diſſ. ad Jus Dig.* 8. §. *S.* 9. & 10.

In immobilibus an inductio in Fundum veræ traditionis loco ſit? In Feudalibus fictæ traditionis locum ſuſtineat ſignum, puta cum haſta, aut aliud corporeum, porrigitur, juxta tenorem tit. 2. *Feud.* 2. an verò hoc ſit nuda ſolennitas, & loco traditionis ſit, qvod Dominus Feudi patitur Vaſallum occupare Feudum? Et antè nominatus honoratiſſimus Mecænas Dn. D. Struvius *in Syntag. Jur. Feudal. Exerc.* 8. §. 11. ſolidè enucleavit, qvo me refero. Inſervit & *l. fin. ff. de ſervit.*

(c) Ut eſt ea qvæ ſit per acceptilationem, *l.* 43. §. 1. *de Jure dot. l.* 10. *de Cond. cauſ. dat. non ſec.* hæc enim tota civilis eſt. *l. pen. de Solut.* & ficta *l.* 16. *de Acceptil.* ſeu imaginaria §. 1. *Inſtit. quib. mod. toll. obligat.*

XX.

Materiam Fictionum claudat Qvæſtio inter Dd. ſubtiliter diſputata: An qvæ facti ſunt? nec non an impoſſibilia jura fingant. Prius ex mente Jaſon. (*a*) poſterius ex Sententia Coraſii (*b*) communiter reſolvi video.

(*a*) *ad d. l. n.* 68.

(*b*) qvam expreſſit in *Tr. de Jur. art. p.* 3. *c.* 2.

XXI.

Jam progrediendum ad Formam Fictionum, *qvam* modum materiæ dicit Vigel. (*a*) Ea videtur in hoc conſiſtere, ut qvod revera non eſt, qvaſi verum, ratione effectus aſſumatur. (*b*)

(*a*) *Dialect. Jur. de Form.*

(*b*) Hinc regulare eſſe cœpit, qvod ubi veritas locum habet, fictioni non ſit locus. *l.* 23. *de Lib. & Poſt. l.* 4. *de Caſtren. Pecul.* Quandoqve tamen Veritas & Fictio, ſed vel diverſo tempore, vel reſpectu, & ad diverſos effectus concurrunt, Jaſon. *ad d. l. n.* 166. Non ineptè for-

Digitized by Google

forſan hic qvæſtio ſubnecti poterit; An vero Domino, cui aliàs competit vindicatoria, etiam Publiciana detur; Qvod Oldend. *Cl. 5. act. 3. in adfin. remed. 1.* affirmat, & Alii magni Nominis JCti, præſertim per text. *l. 1. § 1. de Public. in rem. act.* negant. Sed ſub qvalitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſâ qvæſtione Dominii veri, Eum hoc expeditiore Prætoris remedio experiri poſſe, cum Excell. Dno. D. Struvio *Synt. Jurisp. Exercit. 11. θ. 44.* ſtatuendum videtur, maximè qvod in Foro receptam eſſe hanc opinionem patet.

XXII.

Finis Fictionum in genere eſt, ut temperetur rigor Juris, & qvod in aliqvo deeſt, ſuppleatur. (*a*) In ſpecie, ut circuitus evitentur. (*b*)

(*a*) Qvod ex præmiſſis deprehendere licet. Exempli loco ſit *§. fin. Inſt. Qvib. non eſt permiſſ. facere teſt.* in qvo Poſtliminii & L. Corneliæ Fictiones continentur. Nam cum captus ab hoſtibus revera factus erat Servus *§. 4. Inſt. de Jure Perſ.* & Teſtamentum ejus, qvod dum liber erat, condidit, per hoc fiebat irritum *l. 6. § 5. de Inj. rupt. irrit.* nec qvod apud hoſtes condidit, potuit valere *l. 8. Qvi Teſt. facer. poſſ.* Jus autem Civile efficere non poterat, ut captus revera non eſſet in hoſtium poteſtate, qvam diu apud eos vivebat, qvoniam res facti infirmari Jure Civili non poſſunt *l. 1. §. 4. de acq. vel amitt. poſſ.* Ideò neceſſe fuit fictiones inducere; poſtliminium qvidem, ut cum rediiſſet ſtatum priſtinum recuperet *l. 24. de Capt. & poſtl. reverſ.* mediante Fictione, qvaſi ſcilicet medio ſ. captivitatis tempore non fuiſſet abſens *l. 12. §. 6. Eod.* Corneliæ Legis autem, ut Liber mortuus æſtimetur *l. 18. Eod.* & ſic relinqveret heredem *l. 22. in pr. Eod. l. 12. Qvi Teſt. fac. poſſ.* Cujus etiam publica fuit ratio, nimirum ut per hoc animarent Legum Cuſtodes Romanos Cives, fortitèr & ſtrenuè dimicandi, & ne fugâ ſibi facilè conſulerent *arg. l. 12. in pr. Eod.*

(*b*) Cujus Exempla jam poſita ſunt ex *l. 15. de Reb. Cred. l. 4. Qui potior. in pign.* Alia Exempla ſunt in fictis traditionibus, de qvibus jam mentio facta. Huc & pertinent ea qvæ brevi mandata dicuntur *in l. 43. § 1. de Jure dot.*

XXIII.

Effectus Fictionum *ex præmemoratis ſpeciebus colligere facile*

tile eſt, Proprii ſunt, Veritatem imitari, (*a*) qvantum fieri poteſt, (*b*) in Caſu ficto idem, qvod in Vero veritas operari. (*c*) Non autem extendi, (*d*) ſive multiplicari (*e*) fictio debet.

(*a*) Hoc ut manifeſtum fiat, ex materia Adoptionum recenſendum eſt, qvod ea eo nomine, naturam imitari, & ejus imago eſſe dicatur *l. 23. de Lib. & Poſth.* & non permittat, ut adoptet minor majorem, §. 4. *Inſt. de Adopt.* ſed reqvirat ut plenæ pubertatis, hoc eſt decem & octo annis adrogatum ætate præcedat adrogator. *l. 40. §. 1. Eod.* Imò Perſonis, qvæ naturaliter Liberos neqvaqvam generare poſſunt, adoptionem interdicat, ut caſtratis *§. 9. Eod.* Illi qvoqve qvi à ſe invicem naſci non poſſunt, Fratres, ſeſe adoptare neqveunt *l. 7. C. de Hered. Inſt.*

(*b*) Aliqvando enim æqvitatis & neceſſitatis intuitu fictio à veritate aliqvo modo deviat. e.g. cum fingit eum qvi in utero modò conceptus eſt, jam exiſtere, cum tamen demùm certis diebus poſt conceptionem naturaliter vivere incipiat, ut ſcribit Alciat. *de Præſ. in pr. n. 6.* aut fingit unum hominem bis occiſum, *in l. 51. ad Aqvil.* Hereditatem, qvæ res juris eſt & in animo conſiſtit, Dominam, factum infectum, abſentem præſentem, perallegat. Interim tamen & Veritas qvandoqve cum fictione concurrit, §. 2. *de Adopt.* Cujus Exemplum expreſſit Menoch. *de Præſ. l. 1. qvæſt. 9. num.* 11. in reverſo ab hoſtibus, qvi verè reverſus eſt, & fictè intra Captivitatis tempora in civitate retrò fuiſſe creditur *l. 16. de Captiv.*

(*c*) Hoc eſt, qvod illa, qvæ Lex inducit, per actum fictum, habeant qvalitates illas, qvas res haberet, ſi reſultarent ex actu vero. Sunt enim æqviparata, de qvibus regula, qvod qvoad Juris diſpoſitionem ſint paria aliqvid eſſe tale, & haberi pro tali. Fachin. *Contr. Jur. l. 12. c. 7.*

Inde in pluribus cauſis adoptatus adſimilatur nato ex legitimo matrimonio *§. 8. Inſtit. de Adopt.* tranſit in familiam, & agnationem adoptantis *l. 1. §. 4. Unde cognat. l. 6. de Senat. l. 23. de Adopt.* & jura Conſangvinitatis conſeqvitur. *l. 44. Eod.* Seqvitur ejus originem & domicilium, *l. 7. C. de Incol.* adſtringitur ad munera, *l. 17. §. 9. ad Municip.* & Ejus onera ad Patrem tranſeunt adoptan-

tem

tem *l. 45. de Adopt.* Heres fictus habet Jura veri heredis. *l. 21. ſi quis omiſſ. cauſ.* Qvi jure repræſentationis ſuccedunt, accipiunt portionem Ejus qvem repræſentant. *Nov. 118 c. 3.* Conſtitutum poſſeſſorium, etſi modus ſit fictus, transfert veram poſſeſſionem, *l. 18. in pr. de acq. poſſ.* A. Faber. *Tr. de Err. pragm. dec. 4 err. 3 & ſeq.* ex Tiraq. *de Jur. conſtit. poſſ. p. 2. ampl. 1. n. 2.* Qvod Everh. *in Top loco præall. n. 4.* exemplo remiſſivè illuſtrat. Compenſatio, & Acceptilatio, idem præſtant, qvoad effectum liberationis ac realis ſolutio. *l. 9. Qvi pot. in pign.* tollit enim & imaginaria acceptilationis ſolutio obligationem *§. 1. Inſt. Qvib. mod. toll. oblig.* qvod latiùs deducit Zanget. *de Except. l 2. c. 5. n. 39. & ſeqq.* Ratihabitio operatur retrò id qvod mandatum *arg l. 15. de Reb. dub. l. 71. §. 1. de Solut.* & Retrotractio deducit geſtum uno tempore, ut valeat qvaſi jam alio tempore actum *l. 7. de Manum. Teſt. l. 12. Qvi Teſt. fac. poſſ.*

Idem effectus etiam ſe exerit, qvoties ob Citati vel malitioſam abſentiam, vel qvod recuſat, aut differt, ſcripturam ſuam recognoſcere, aut diffiteri, ea, ad Actoris inſtantiam pro recognita declaratur, & deſuper, non aliter ad executionem proceditur, qvam ſi ſcriptura fuiſſet probè recognita & confeſſata. Dn Colerus *de Proceſſ. Execut. p. 3. c. 1. n 101.* Ita in Celebratiſſima Rota, Reipubl. Vratisl. Palladio, tota die pronunciatur.

(*d*) Sc. ut Fictio plus operetur qvam Veritas, adeò perſonæ reiqve fictis plus tribuatur Juris, qvàm aliàs naturali, & veræ Perſonæ tribueretur. Introducta enim eſt fictio ut effectus producat, qvi futuri eſſent, ſi res verè eſſet, aut eſſe poſſet. *§. 4. Inſt. de Tutel. l. 7. de Stat. hom.* Inde eſt qvod rati habitio non habeat majorem effectum qvàm mandatum *arg. l. 24. Rem. rat. haber.* Nec etiam effectus Fictionum eo ſe extendunt, ut ubi vel veri vel ficti natura refragatur, vel aliàs diſpar ſubeſt ratio inter verum & fictum, idem ſit ficti effectus, qvi veri eſſet. Lex enim *8. C. de Rev. don.* ad adoptivos, Spirituales, aut naturales non extenditur, ut prolixè demonſtrat Tiraqvell. *ad d. l. gl. in verbo* ſuſceperit Liberos *n. 2. & ſeqq.* Item *Tom. 1. q.*

Digitized by Google

34. de Jure Primog. n. 18. Nec Liberorum appellatione veniunt *l. 23. de Lib. & Poſth. l. 6. in pr. de his qvi ſunt ſui*, nec continentur verbis Statuti de Filiis loqvente Gail. *2. obſ 136 n. 16.* Cum ſint Filii ficti *l. 43. de Adopt.* & in fictis Statuta non verificentur. Decian. *Conſ. 126.* nec in Feudis *c. 1. §. adoptivus. 2. Feud. 26.* Emphyteuſi Bl. *in l. Fideicommiſſ. de Cond. & Dom.* nec in Primogenitura, aut Majoratu ſuccedunt. Tiraq. *de Jure Prim. queſt. 34.* Carol. Molinæ. *Conſv. Pariſ. tit. 1. §. 8. gl. n. 33.* Sic Advocatus, miles fictus, non poteſt jure militari teſtari, per rationem qvod hoc ſpeciale privilegium ſaltem veris, & qvidem tantummodò iis militibus, qvi actu militant. *l. pen. C. de Teſt. mil.* ſive in expeditione ſunt *l. 37. in fin. pr. C. de inoff. Teſt.* & qvia legum ſunt ignari *l. fin. in pr. C. de iure delib.* conceſſum eſt.

(c) Ut una aliam pariat, vel concurrant. Everh. *d. l. in pr.* Sunt enim contra veritatem inductæ, & ſic reſtringendæ, ne operentur ultra effectum ad qvem inventæ ſunt. Tiber. Decian. *Vol. 2. Reſ. 49. n. 46. usq. 50.* Ubi tamen non ſunt æqvè principales e. gr. cum una fictionum venit in conſeqventiam alterius, & ſic una ſine altera eſſe non poteſt, aut promanant ex diverſo fonte æqvitatis, ibi concurrunt. Exempla ſunt *in l. 15. de Reb. Cred. l. 14. de Capt. & poſtl. l. 28 de acqvir. vel amit. poſſ.* Qvæ explicant Br. *add. l. 71. 72.* Jaſon. *n. 403. 406.* Menoch. *de Præſ. q. 8. n. 24. & q. 47. n. 9.* Seb. Med. *d. tr. q. 24. n. fin.* Mantica. *de Tac. & amb. Conv. l. 4. tit 32. n. 55.*

XXIV.

Affinia Fictionum vulgò ſunt Præſumtio (a) qvæ tamen à fictione differt, (b) & Imaginarius actus. (c) Simulata longiùs à natura Fictionis ſecedunt.

(a) In nonnullis enim arctam cognationem habent, Exemplum ponit *l. 9. de Reb. dubiis.* Alia habet Hopp. *Tr. de Jur. art. l. 2. Rub. de Fict. poſt pr.* Menoch. *de Præſ. l. 3. c. 5.*

(b) Omninò tamen differre ſtatuit, & deducit latè Idem *l. 1. q. 8. & 10.* Qvem allegaſſe ſufficit.

(c) De

(c) De qvibus *th. 19. ſub lit. a.* His addendus eſt actus imaginariæ venditionis in emancipationibus Liberorum, qvæ dicebatur fieri contracta fiduciâ. Hujus ritus recenſet Cajus. *Inſt. l. 1. tit. 6. § 3.* & illius meminit *l. 3. §. 1. de Capit. minut.* necnon *§. fin. Inſt. de Legit. Agn. ſucc.* Explanat Coraſ. *ad tit. de Adopt. n. 10. & ſeqq.* ſed actus ille eſt ab Imper. Juſtin. *in l. fin. C. de Emancip. Liber.* tanqvam vana obſervatio, ſublatus.

XXV.

Tandem addendum **Fictiones in Odioſis & Pœnalibus, (a) prohibitis, & reprobatis (b) & qvæ præjudicium ferunt juri qvæſito, (c) regulariter non induci.**

(a) *c. odia d. R. J. in 6.* Vigl. *ad l. Singularia. ſi cert. pet. n. 43.*

(b) *L. 8. c. 20. de Tranſact. §. fin. Inſt. de Excuſ.*

(c) Coraſ. *de Jur. art. p. 3. c. 5. in fin.* Tiraq. *de Jure primog. Tom. 1. q. 34. n. 19.*

DIS-

Digitized by Google

XIV.

Privativè circa res ſingunt Jura, cum res qvæ exiſtit *adhuc*, in rerum natura dicitur non exiſtere, & ſic habetur pro perempta, (*a*) & qvod completum eſt, aut factum, pro non impleto (*b*) aut facto æſtimatur. (*c*)

(*a*) Ut de publicatis in præcedentibus jam probatum, qvibus pares ſunt RES CONSECRATÆ *l. 105. de cond. & demon. l. 4. Comm. Præd. l. 63. §. fin. Pro Soc.* & Res per additionem alterius rei accedentes, cujus Exemplum in Purpura *§. 26. d. R. D.* & Ferruminatione *l. 23. §. 5. de R. V.* vulgò ponunt.

Fit & hoc cum dicitur rem non habere Eum, cui rei pretium abeſt. *l. 34. §. 7. de Leg. 1.* Et cum dicitur id non eſſe in bonis noſtris, qvod actione aliqva nobis evinci, aut auferri poteſt *l. 190. de R. J.* Tum, cum onus legitimæ adjunctum & impoſſibilis Conditio pro non adjectis habentur. *l. 32. C. de inoff. Teſt. l. 3. §. 3. C. Comm. de Legat.* Referri huc etiam poteſt Conditio Edictis Imperatorum, Legibus, & bonis moribus contraria, vel deriſoria, & improbabilis, ut loqvitur JCtus Marcianus *l. 14. de Condit. Inſti.* qvæ & ipſa pro infecta æſtimatur.

(*b*) Qvod Paulianæ actionis proprium eſt, qvæ traditionem factam habet pro non facta, & Reſciſſoriæ, qvæ uſucapionem impletam, pro non impleta reputat *§. 5. & §. 6. Inſt. de Action.*

(*c*) Fit hoc, cum jusjurandum improbatæ publicæ Religionis pro eo habetur ac ſi juratum non eſſet. *L. 5. §. 3. de Jurej.* Nec non cum qvis fecerit inveſtituram, vel cambium, de beneficio ſui militis ſine illius conſenſu cujus eſt beneficium, id enim pro non facto habetur. *1. Feud. 22. §. Si qvis fecerit.* Siqvidem pro infecto non minus habetur, qvod fit conta legem. Excell. Dn. Præſes Mecænas devenerandus, *Diſp. Feud. 5. in Elabor. ad allegat. text. 1. Feud. 22. lit. e.*

Item fit hoc cum Inſtitutionibus, Legatis, Fideic. impoſſibilia vel turpia adjecta pro non adjectis habentur *§. 10. Inſt. de hered. inſt. l. 104. §. 1. in fin. l. 112. §. 3. de leg. 1. l. 6. l. 20. de Cond. Inſtit. l. 16. in fin. de ini. rupt. irrit.* ſed remittuntur, *l. 20. de Cond. & dem. l. 9. de Cond. Inſt* & ſunt nullius momenti *l. 137. §. 4. de V. O.* legatum capitur ac here-

Digitized by Google

hereditas *l. 20. in fin. pr. de Cond. Inſtit.* qvia hæc adjectio nullam vim habet, nec attenditur *l. 45. l. 50.* § 1. *de hered. inſt.* licet pœnaliter concepta ſit. *l. 61. de V. O. l. 4. C. de inutl. ſtipul.* In Stipulationibus aliter res ſe habet, ibi enim conditio impoſſibilis adjecta vitiat ſtipulationem. *§. 11. Inſt. de Inutil. Stipul. l. 1. 7. de V. O. l. 1 §. 11. de O. & A.* Qvod & ad alios Contractus extendit JCtus *in l. 31. Eod.* ubi addit rationem.

XV.

Ratione temporis ortæ ſunt Fictiones, cum Jura virtualiter & mixtim poſterius tempus priori, aut contra incluſerunt. (a)

(a) Huc referenda Retrotractionis materia, & ad eam Ratihabitio, qvæ in negotiis geſtis reducitur ad tempus, in qvo contractum eſt, *l. 25 inf. C. de donat. int. Vir & Ux. l. 16. §. 1. de pign. l. fin. de bon. poſſ.* mandato æqviparatur, & confirmat ex poſtfacto ea, qvæ ante facta ſunt *l. fin. C. ad SCtum Maced. l. 60. de R. J.* non ſecus ac ſi ratificans, eo tempore, qvo contractum eſt, fuiſſet præſens. *l. 71. §. 1. de Solut.* Nec non cum Is qvi apud hoſtes mortuus eſt, tunc deceſſiſſe videtur, cum captus eſt. *l. 18. de Capt. & poſtl.* & retrò in Civitate fuiſſe creditur, qvi ab hoſtibus advenit. *l. 16. Eod.* Huc etiam referri poteſt cum in Succeſſionibus heres, qvandocunqve adeundo hereditatem, jam tunc à morte teſtatoris ſucceſſiſſe defuncto intelligitur *l. 54. de acq. vel omitt. hered. l. 138. l. 138. l. 193. de R. J.* & Fidejuſſio licet præcedit obligationem *§. 3. Inſt de Fidei.* tamen & ſeqvela principalis obligationis dicitur *l. 5. §. 16. de Inſt. act.* & acceſſio. *l. 91. §. 4. de Verb. Obligat.* Nec non cum in Conditionibus jam demum exiſtente Conditione videtur ſolutum, qvod ante ſolutum eſt, *l. 16. de ſolut.* & in Stipulationibus conditionalibus ſpectatur tempus Contractus. *l. 78. de Verb. Obligat.* Occiſus retrò, qvi modò moritur. *l. 15. §. 1. ad L. Aqvil.* & damnum datum retrò *l. 18. §. 11. de dam. infect.* intelligitur. Hic attendenda eſt notabilis Inſtrumentorum Mandati Clauſula, cum per verba Nunc prout ex Tunc, & Tunc prout ex Nunc Termini à qvo & ad qvem ac contrà junguntur, ut unum tempus videatur ineſſe alteri, & ſic ex qvolibet actus ſumere poſſit initium. Wehn. *Pr. Obſ. ſub Lit. J. voce* Jetzt alsdann. Qvid in aliis hæc

Clauſula operetur, exponunt Dd. paſſim, & Guido Papa *Deciſ. 588. n. 2.* plenè Dn. Franzkius *Var. reſol. l. 3. reſ.* 1. *n. 56. 61. 72. 77. & ſeq.* Huc perti[net], qvod in qvibusdam caſibus annus cœptus, pro completo habetur. *l. 8. de Mun. & Honor.* & tempus proximè complendum pro completo *l. 5. Qui Teſt. fac. poſſ.*

XVI.

An in Fictione retrotractionis ratione extremorum Temporis à qvo, & ad qvod, qvædam reqviratur habilitas, & qvidem ita, ut ſine illâ ſubſiſtere ea fictio non poſſit? Dd. ſubtiliter diſputant. Et Matthæac. qvidem *d. l. 1. c. 30. n. 17.* hæc extrema deliramentum Interpretum æſtimat, ex Judicio Coraſ. *de jur. art. p. 3. c. 4.* Bt. autem *ad d. l. 15. n. 3. & 28.* Jaſon. *Eod. n. 8.* ac qvi Eos ſeqvuntur plures, contrarium tenent. (*a*)

(*a*) Neguſ. *de Pign. mem. 2. p. 5. n. 40. & ſeq.* Seb. Medic. *Tr. de Leg. & Stat. p. 4. q 25. n 5.* Tiraqvell. *Tr. de Jure Primog. q. 34. n. 23.* Alexand. Raudenſ. *Tr. de Analog. & Univ. l. 1. c. 34. n. 145.* Dn. Franzk. *d. l. n. 62.* Fictionem enim offendere debere extrema habilia, & qvidem in ſpecie in paſſu legitimationis tempora conceptionis & nativitatis probat præallegatus Excell. Dn. Præſes *in notis & animadv. ad Diſſert. Sutholti 2. aph. 62.*

XVII.

Privativè qvoad Res conceptæ Fictiones apparent, cum inter Patris mortem, & Filii ſui heredis, ſucceſſionem non intercedere temporis intervallum videtur, *l. 11. de Liber. & Poſth.* Alius Caſus exprimitur in *l. fin. Comm. Præd.*

XVIII.

Loci Fictiones, qvamvis in Corneliæ Legis, & Poſtliminii ut plurimum, & præmiſſarum alias incidunt. (*a*) adhuc tamen ſpeciales aliqvæ ſuperſunt. (*b*)

(*a*) Ut cùm apud hoſtes mortuus in loco captivitatis obiiſſe, reverſus ab hoſtibus extra civitatem non fuiſſe, is qvi in utero eſt, extra uterum eſſe, in loco præſens extra locum fuiſſe dicitur, per Jura all.

Cum

(*b*) Cum ob peſtem aut bellum in itinere, aut tranſitu natus, natus fingitur in Civitate, in qva Pater civis eſt *l. 34. §. 10. de Legat. I.* In vico Reipubl. natus habetur civis Reipubl. cui Vicus reſpondet Magnificus & Excellentiſſ. JCtus Do. Hahn *in Obſ. ad Weſ. Tit. ff. ad Municipal. in pr. arg. l. 147. de V. S.* Abſens cum Epiſcopo & in Ejus ſervitio conſtitutus, aut infirmus, reputatur præſens, & beneficia recipit, qvæ aliàs ſaltem reſidentibus tribuuntur *c. ad audientiam 6. ex parte 13. de Cler. non reſid.*

XIX.

Actus Fictiones partim Antiqvitas introduxit, [*a*] qvarum qvædam exſpirarunt: Aliæ in fictis traditionibus, [*b*] & ſolutionibus [*c*] tenent locum.

(*a*) Tales ſunt imaginariarum Venditionum illæ de qvibus *in l. 1. §. 6 de Quæſt. §. 1. Inſt. de Teſt. ord.* Nec non numerationes dicis cauſa factæ. *l. 4. Commod.* & Solutiones uno nummo præſtitæ, *l. 66. de Jure dot.*

Cum res Geradicas Uxor vendit marito, pro viliſſimo pretio, & hoc etiamnum dicis cauſa numeratur. Contractus verò ille tam validus eſt, ut nec per Beneficium, *l. 2. C. de reſcind. Vendit.* infirmari poſſit, demonſtrante hoc JCtorum noſtri ſeculi ſummo Principe, Magnif. Dno. Carpzov. *Juriſpr. Rom. Sax. p. 2. Conſt. 12. def. 1112.* annon hoc ipſum qvid imaginarii ſapiat? in medio relinqvo.

(*b*) Qvæ in incorporalibus, veram traditionem non recipientibus *l. 43. §. 1. de acq. rer. dom.* eſt uſus ſeu utendi conceſſio, *l. fin. de ſervit.* in Mobilibus voluntas & patientia domini. e. gr. cum rem qvæ ex commodati, aut alia cauſa jam eſt apud Emtorem, & Ego eam Ei relinqvo, per hoc tradita cenſetur *§. 44. Inſt. de Rer. diviſ. l. 9. §. 5. l. 21. de acq. rer. dom. l. 9. §. 1. de Publ. in rem act. l. 62. de Evictiop.* aut qvoties in Societate omnium bonorum, per communicationem res traditæ intelliguntur *l. 2. Pro Socio.* in Contractu cum Eccleſia celebrato interceſſiſſe traditio creditur, aut per actus alios, puta Vini deguſtationem *l. 1. in pr. de per & commod. rei Vend.* aut rei emptæ ſignationem *l. 14. Eod.* demonſtrationem *l. 1. §. 21. de acq. vel amitt. poſſ.* vel Cuſtodis adpoſitionem *l. 51. Eod.* Clavium apud horrea *l. 47. de contrah.*

Empt. aut cellam vinariam traditionem *d. l. 1.* §. *12.* ſignata tradita putamus: qvæ clavium traditio, ubi non ipſæ res Geradicæ, ſed earum deſignatio cum clavibus traditur, itidem fictæ traditionis ſpeciem repræſentat Dn. Carpz. Reſponſ. *l. 5. tit 7. reſponſ. 60. n. 9. 10.* Caſus fictæ traditionis ſpeciales alios notavit præfatus honoratiſſimus Dn. Promotor D. Strauch. *Diſſ. ad Jus Dig. 8. 6. S. 9. & 10.*

In immobilibus an inductio in Fundum veræ traditionis loco ſit? In Feudalibus fictæ traditionis locum ſuſtineat ſignum, puta cum haſta, aut aliud corporeum, porrigitur, juxta tenorem tit. 2. *Feud. 2.* an verò hoc ſit nuda ſolennitas, & loco traditionis ſit, qvod Dominus Feudi patitur Vaſallum occupare Feudum? Et antè nominatus honoratiſſimus Mecænas Dn. D. Struvius *in Syntag. Jur. Feudal. Exerc. 8. 6. 11.* ſolidè enucleavit, qvo me refero. Inſervit *& l. fin. ff. de ſervit.*

(*c*) Ut eſt ea qvæ fit per acceptilationem, *l. 43. §. 1. de Jure dot. l. 10. de Cond. cauſ. dat. non ſec.* hæc enim tota civilis eſt. *l. pen. de Solut.* & ficta *l. 16. de Acceptil.* ſeu imaginaria *§. 1. Inſtit. qvib. mod. toll. obligat.*

XX.

Materiam Fictionum claudat Qvæſtio inter Dd. ſubtiliter diſputata: An qvæ facti ſunt? nec non an impoſſibilia jura fingant. Prius ex mente Jaſon. (*a*) poſterius ex Sententia Coraſii (*b*) communiter reſolvi video.

(*a*) *ad d. l. n. 68.*
(*b*) qvam expreſſit in *Tr. de Jur. art. p. 3. c. 2.*

XXI.

Jam progrediendum ad Formam Fictionum, *qvam* modum materiæ dicit Vigel. (*a*) Ea videtur in hoc conſiſtere, ut qvod revera non eſt, qvaſi verum, ratione effectus aſſumatur. (*b*)

(*a*) *Dialect. Jur. de Form.*
(*b*) Hinc regulare eſſe cœpit, qvod ubi veritas locum habet, fictioni non ſit locus. *l. 23. de Lib. & Poſt. l. 8. de Caſtren. Pecul.* Qvandoqve tamen Veritas & Fictio, ſed vel diverſo tempore, vel reſpectu, & ad diverſos effectus concurrunt. Jaſon. *ad d. l. n. 166.* Non ineptè for-

Digitized by Google

forſan hic qvæſtio ſubnecti poterit; An vero Domino, cui aliàs competit vindicatoria, etiam Publiciana detur; Qvod Oldend. *Cl. 5. act. 3. in adfin. remed. 1.* affirmat, & Alii magni Nominis JCti, præſertim per text. *l. 1. § 1. de Public. in rem. act.* negant. Sed ſub qvalitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſâ qvæſtione Dominii veri, Eum hoc expeditiore Prætoris remedio experiri poſſe, cum Excell. Dno. D. Struvio *Synt. Jurisp. Exercit. 11. th. 44.* ſtatuendum videtur, maximè qvod in Foro receptam eſſe hanc opinionem patet.

XXII.

Finis Fictionum in genere eſt, ut temperetur rigor Juris, & qvod in aliqvo deeſt, ſuppleatur. (*a*) In ſpecie, ut circuitus evitentur. (*b*)

(*a*) Qvod ex præmiſſis deprehendere licet. Exempli loco ſit *§. fin. Inſt. Qvib. non eſt permiſſ. facere teſt.* in qvo Poſtliminii & L. Corneliæ Fictiones continentur. Nam cum captus ab hoſtibus revera factus erat Servus *§. 4. Inſt. de Jure Perſ.* & Teſtamentum ejus, qvod dum liber erat, condidit, per hoc fiebat irritum *l. 6. § 5. de Inj. rupt. irrit.* nec qvod apud hoſtes condidit, potuit valere *l. 8. Qvi Teſt. facer. poſſ.* Jus autem Civile efficere non poterat, ut captus reverà non eſſet in hoſtium poteſtate, qvam diu apud eos vivebat, qvoniam res facti infirmari Jure Civili non poſſunt *l. 1. §. 4. de acq. vel amitt. poſſ.* Ideò neceſſe fuit fictiones inducere; poſtliminium qvidem, ut cum rediiſſet ſtatum priſtinum recuperet *l. 24. de Capt. & poſtl. reverſ.* mediante Fictione, qvaſi ſcilicet medio ſ. captivitatis tempore non fuiſſet abſens *l. 12. §. 6. Eod.* Corneliæ Legis autem, ut Liber mortuus æſtimetur *l. 18. Eod.* & ſic relinqveret heredem *l. 22. in pr. Eod. l. 12. Qvi Teſt. fac. poſſ.* Cujus etiam publica fuit ratio, nimirum ut per hoc animarent Legum Cuſtodes Romanos Cives, fortitèr & ſtrenuè dimicandi, & ne fugâ ſibi facilè conſulerent *arg. l. 12. in pr. Eod.*

(*b*) Cujus Exempla jam poſita ſunt ex *l. 15. de Reb. Cred. l. 4. Qui potior. in pign.* Alia Exempla ſunt in fictis traditionibus, de qvibus jam mentio facta. Huc & pertinent ea qvæ brevi mandata dicuntur *in l. 43. §. 1. de Jure dot.*

XXIII.

Effectus Fictionum *ex præmemoratis ſpeciebus colligere facile*

cile eſt. Proprii ſunt, Veritatem imitari, (*a*) qvantum fieri poteſt, (*b*) in Caſu ficto idem, qvod in Vero veritas operari. (*c*) Non autem extendi, (*d*) ſive multiplicari (*e*) fictio debet.

(*a*) Hoc ut manifeſtum fiat, ex materia Adoptionum recenſendum eſt, qvod ea eo nomine, naturam imitari, & ejus imago eſſe dicatur *l. 23. de Lib. & Poſth.* & non permittat, ut adoptet minor majorem, *§. 4. Inſt. de Adopt.* ſed reqvirat ut plenæ pubertatis, hoc eſt decem & octo annis adrogatum ætate præcedat adrogator. *l. 40. §. 1. Eod.* Imò Perſonis, qvæ naturaliter Liberos neqvaqvam generare poſſunt, adoptionem interdicat, ut caſtratis *§. 9. Eod.* Illi qvoqve qvi à ſe invicem naſci non poſſunt, Fratres, ſeſe adoptare neqveunt *l. 7. C. de Hered. Inſt.*

(*b*) Aliqvando enim æqvitatis & neceſſitatis intuitu fictio à veritate aliqvo modo deviat. e.g. cum fingit eum qvi in utero modò conceptus eſt, jam exiſtere, cum tamen demùm certis diebus poſt conceptionem naturaliter vivere incipiat, ut ſcribit Alciat. *de Præſ. in pr. n. 6.* aut fingit unum hominem bis occiſum, *in l. 51. ad Aqvil.* Hereditatem, qvæ res juris eſt & in animo conſiſtit, Dominam, factum infectum, abſentem præſentem, perallegat. Interim tamen & Veritas qvandoqve cum fictione concurrit. *§. 2. de Adopt.* Cujus Exemplum expreſſit Menoch. *de Præſ. l. 1. qvæſt. 9. num.* 11. in reverſo ab hoſtibus, qvi verè reverſus eſt, & fictè intra Captivitatis tempora in civitate retrò fuiſſe creditur *l. 16. de Captiv.*

(*c*) Hoc eſt, qvod illa, qvæ Lex inducit, per actum fictum, habeant qvalitates illas, qvas res haberet, ſi reſultarent ex actu vero. Sunt enim æqviparata, de qvibus regula, qvod qvoad Juris diſpoſitionem ſint paria aliqvid eſſe tale, & haberi pro tali. Fachin. *Contr. Jur. l. 12. c. 7.*

Inde in pluribus cauſis adoptatus adſimilatur nato ex legitimo matrimonio *§. 8. Inſtit. de Adopt.* tranſit in familiam, & agnationem adoptantis *l. 1. §. 4. Unde cognat. l. 6. de Senat. l. 23. de Adopt.* & jura Conſangvinitatis conſeqvitur. *l. 44. Eod.* Seqvitur ejus originem & domicilium; *l. 7. C. de Incol.* adſtringitur ad munera *l. 17. §. 9. ad Municip.* & Ejus onera ad Patrem tranſeunt adoptantem

tem *l. 45. de Adopt.* Heres fictus habet Jura veri heredis. *l. 21. ſi quis omiſſ. cauſ.* Qvi jure repræſentationis ſuccedunt, accipiunt portionem Ejus qvem repræſentant. *Nov. 118 c. 3.* Conſtitutum poſſeſſorium, etſi modus ſit fictus, transfert veram poſſeſſionem, *l. 18. in pr. de acq. poſſ.* A. Faber. *Tr. de Err. pragm. dec. 4 err. 3 & ſeq.* ex Tiraq. *de Jur. conſtit. poſſ. p. 2. ampl. 1. n. 2.* Qvod Everh. *in Top loco præall. n. 4.* exemplo remiſſivè illuſtrat. Compenſatio, & Acceptilatio, idem præſtant, qvoad effectum liberationis ac realis ſolutio. *l. 9. Qvi pot. in pign.* tollit enim & imaginaria acceptilationis ſolutio obligationem *§. 1. Inſt. Qvib. mod. toll. oblig.* qvod latiùs deducit Zanger. *de Except. l 2. c. 5. n. 39. & ſeqq.* Ratihabitio operatur retrò id qvod mandatum *arg l. 15. de Reb. dub. l. 71. §. 1. de Solut.* & Retrotractio deducit geſtum uno tempore, ut valeat qvaſi jam alio tempore actum *l. 7. de Manum. Teſt. l. 12. Qvi Teſt. fac. poſſ.*

Idem effectus etiam ſe exerit, qvoties ob Citati vel malitioſam abſentiam, vel qvod recuſat, aut differt, ſcripturam ſuam recognoſcere, aut diffiteri, ea, ad Actoris inſtantiam pro recognita declaratur, & deſuper, non aliter ad executionem proceditur, qvam ſi ſcriptura fuiſſet probè recognita & confeſſata. Dn Colerus *de Proceſſ. Execut. p. 3. c. 1. n 101.* Ita in Celebratiſſima Rota, Reipubl. Vratisl. Palladio, tota die pronunciatur.

(d) Sc. ut Fictio plus operetur qvam Veritas, adeò perſonæ reiqve fictis plus tribuatur Juris, qvàm aliàs naturali, & veræ Perſonæ tribueretur. Introducta enim eſt fictio ut effectus producat, qvi futuri eſſent, ſi res verè eſſet, aut eſſe poſſet. *§. 4. Inſt. de Tutel. l. 7. de Stat. hom.* Inde eſt qvod ratihabitio non habeat majorem effectum qvàm mandatum *arg. l. 24. Rem. rat. haber.* Nec etiam effectus Fictionum eo ſe extendunt, ut ubi vel veri vel ficti natura refragatur, vel aliàs diſpar ſubeſt ratio inter verum & fictum, idem ſit ficti effectus, qvi veri eſſet. Lex enim *8. C. de Rev. don.* ad adoptivos, Spirituales, aut naturales non extenditur, ut prolixè demonſtrat Tiraqvell. *ad d. l. gl. in verbo* ſuſceperit Liberos *n. 2. & ſeqq.* Item *Tom. 1. q.*

Digitized by Google

(c) De qvibus *th. 19. ſub lit. a.* His addendus eſt actus imaginariæ venditionis in emancipationibus Liberorum, qvæ dicebatur fieri contracta fiduciâ. Hujus ritus recenſet Cajus. *Inſt. l. 1. tit. 6. § 3.* & illius meminit *l. 3. §. 1. de Capit. minut.* nec non *§. fin. Inſt. de Legit. Agn. ſucc.* Explanat Coraſ. *ad tit. de Adopt. n. 10. & ſeqq.* ſed actus ille eſt ab Imper. Juſtin. *in l. fin. C. de Emancip. Liber.* tanqvam vana obſervatio, ſublatus.

XXV.

Tandem addendum Fictiones in Odioſis & Pœnalibus, (a) prohibitis, & reprobatis (b) & qvæ præjudicium ferunt juri qvæſito, (c) regulariter non induci.

(a) *c. odia d. R. J. in 6.* Vigl. *ad l. Singularia. ſi cert. pet. n. 43.*

(b) *L. 8. c. 20. de Tranſact. §. fin. Inſt. de Excuſ.*

(c) Coraſ. *de Jur. art. p. 3. c. 5. in fin.* Tiraq. *de Jure primog. Tom. 1. q. 34. n. 19.*

DIS-

DISSERTATIO OCTAVA.

DE

LEGITIMA,

Autore

D. JOHANNE RECC,
Goslarienſi Saxone,

Pro Gradu Jehnæ,

Anno 1655.

Præloqvium.

Isqvirenti celebriorem qvandam eandemqvè typis & ſolenni ventilatione dignam Juris materiam, *velut inter ſtellas Luna minores* undiqvaq; ſummè conſpicua ſe mihi penitius contemplandam exhibuit LEGITIMA: de qvâ tantum abeſt ut ſterilis aut in foro exoleviſſe dici mereatur; ut ea etiam nihil occurrat crebrius in conſiliis reſponſis ac deciſionibus Doctorum, teſte Conrado Ritterſhuſio *in Expoſ. Method. Novell. p. 6. c. 4.* & Claudio de Battandier *in ep. nuncup. Tr. de Legit.* Hanc verò nobiliſſimam Juris partem, qvia qvotidiana eſt, ut plenius, juxta monitum Pauli *in l. 25. ff de Lib. Leg.* attingamus; non illotis manibus in eam irruemus, aut à definitione ipſa ſtatim exordiemur; ſed prudentiſſimum Gaii conſilium *in l. 1. ff. de O. J.* ſecuti, nonnulla qvæ qvidem ad Legitimæ principiorum & ex principiis deductorum faciliorem cognitiònem, adeoq;

Digitized by Google

adeoqve totius hujus materiæ illustrationem faciunt præmittemus: ignoratis enim principiis oportet etiam ignorare ea qvæ ſeqvuntur principia, Dyn. *in c. nullus p'u. ibus 20. de Reg. J. in 6.* Imò ejusmodi interpretandi ac docendi methodus ipſi diſciplinarum naturæ propria & conformis eſt, & à Doctioribus ab omni usqve ævo uſurpata, nec non à recentioribus ſupra vulgus ſapientibus ſummopere commendata: qva de re omnino videndus Hub. Giphanius *in docta ſua præfat. ad Rittersh partit. Feud.* Invocato itaqve æterni ac immortalis Numinis auxilio, *qvo ſine noſtra hæc in ſtudiis peregrinatio, miſerabilis qvædam erratio eſt*, acutiſſ. Scaliger. *Exerc. 350. ſect.* 1. univerſam hanc materiam ad duo ſumma capita, qvorum utrumqve ſuas continebit ſectiones, revocabimus. Et primum qvidem nobis conſtituet Legitimæ Protheoria; alterum Theoria: Protheoriæ ſectio prima exhibebit nobis Legitimæ Fundamentum atqve Originem; altera Definitionem ac Diviſionem. Ipſius Theoriæ ſectiones complectentur Propria & Cognata: Propria Conſentanea & Diſſentanea cauſas & effectus. De ſingulis ordine.

Capitis Primi
Sectio Prima
Legitimæ ſundamentum atq; Originem oſtendit.

Aphorism. I.

Ex qvod priſtina rerum communione, uſu & neceſſitate humana ita exigente, receſſum eſt, resqve ſub ratione vel totius vel partis, ſuâ naturâ ad occupandum habiles in ſingulorum proprietatem diſceſſerunt, hoc pacto acqviſiti pleni rerum dominii effectuum inſigniores exiſtunt libera rerum diſpoſitio atqve alienatio, ut teſtatur princeps Philoſophorum Ariſtoteles *1. Rhet. 5.* Ludov. Molina *de J. & J. tr. 2. D. 134. n. 12.* Hugo Grotius *in aureo Tr. de J. belli ac p. l. 2. c. 6. in pr.*

Alienatio autem illa qvæ ex ipſa dominii natura ac vi conſeqvitur, contingit vel inter vivos vel per ultimam voluntatem: & hoc

vel tacitè vel expreſſe. Tacitè, in transmiſſione hereditatis ad ſucceſſores ab inteſtato venientes. *Succeſſio* enim *ab inteſtato*, (liceat inſerere verba Grotii *d.l. 2.c. 7. n. 3.*) *poſito dominio, remota omni lege civili, ex conjectura voluntatis naturalem habet originem. Nam quia ea dominii vis erat, ut domini voluntate transferri in alium poſſet, etiam mortis cauſa ac retenta poſſeſſione, ſi quis voluntatis ſuæ nullam edidiſſet teſtationem, cum tamen credibile non eſſet, eius eum mentis fuiſſe, ut poſt mortem ſuam bona occupanti cederent, ſeqvebatur ut eius eſſe bona intelligerentur, cuius ea eſſe voluiſſe defunctum maxime erat probabile.* adde Dom. Soto *de J. & J. qvæſt. 3. art. 2.* Cajetan. *q. 66.*

Expreſſa ultimæ voluntatis alienatio eſt *Teſtamenti factio activa*; cujus ſubſtantia, ut ut formam ſuam accidentalem à Jure Civili mutuetur, dominio cognata eſt: *namq; poſita rerum diviſione*, (ſunt verba Ludovici Molinæ *de J. & J. Tr. 2. D. 124. n. ult.*) *de J. eſt Gentimo & naturali, qvod unusqvisq; de rebus ſuis diſponere poſſit per ultimam voluntatem, ſicuti poſita earundem diviſione de J. Gentimo & naturali eſt poſſe celebrari permutationes & alios contractus, ex illisq; conſurgere obligationem.*

Tametſi verò uterqve alienandi modus per ultimam voluntatem & expreſſus & tacitus ex eodem fonte profluens ſocietati civili poſt diſtincta rerum dominia valde utilis exiſtat, & magnam rerum confuſionem atqve occultas aliorum inſidias ac machinationes in bona viventium præcaveat, ut præclarè obſervat Petr. Gregor. Tholoſanus *de Rep. l. 1. c. 1. n. 23.* ipſi tamen inter ſe ſi in contentionem veniant, tum ille qvi per expreſſam ultimæ voluntatis diſpoſitionem contingit, cum dominii effectus in illa magis eluceſcat, meritò alteri alienationi qvæ in tacita hominis voluntate, præſertim ante Legis adſiſtentiam fundabatur, præferri meretur.

Cujusmodi peculiaris Teſtamentariæ diſpoſitionis prærogativa, de Jure Civili nimis qvam manifeſta eſt: nam LL. XII. tab. expreſſè cautum erat: *uti quisq; rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto pr. J. de L. Falc.* unde Teſtator eſt qvaſi qvidam Legiſlator domeſticus, ut eleganter loqvitur Rittershuſius *in aureo ſuo Comm. ad XII. tab. claſ. 3. p. 1. c. 11.* & Teſtamentum eſt lex qvædam privata ſed domeſtica. eaqve ultima voluntas non tantum legis habet vigorem *Nov. 22.* ſed & poten-

potentior eſt lege: qvod patet in concurſu Tutoris Teſtamentarii & Dativi *l. 11. pr. ff. de Teſt. Tut. l. 9. ff. de Tut. & rat. diſtr.* ita pari modo qvamdiu ex Teſtamento ſperatur heres, ſucceſſioni Legitimæ non erit locus *l. 39. ff. de A. vel O. H. junct. l. 89. ff. de R. J. l. 8. C. comm. de ſucceſſ.* Qvin, nihil eſt juxta Imp. Conſtantini *in l. 1. C. de SS. Eccleſ.* effatum, qvod magis hominibus debetur, qvàm ut ſupremæ voluntatis, poſtqvam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus & licitum qvod iterum non redit, arbitrium.

Non ſolum autem Teſtator Legibus XII. Tabb. ejusmodi privatæ legis condendæ facultatem conſecutus eſt, ſed & in univerſum latiſſima eidem poteſtas tributa videtur, & heredes inſtituendi & Legata ac Libertates Tutelasqve conſtituendi, teſte Pomponio in *l. 120. ff. de V. S.* qvo ipſo factum eſt ſæpe ut tota hereditas Legatis non tantum exhauriretur, adeoqve jacens Legitimo herede inſtituto eam adire recuſante, deſtitueretur, ſed & ſui heredes impunè præterirentur, vel etiam ab hereditate excluderentur. Ne itaq; qvis conceſſa illa generali teſtandi facultate nimium abuteretur, viſum ſeqvioribus Juris conditoribus tam laxam privatorum teſtandi poteſtatem qvodammodo conſtringere & anguſtioribus limitibus ac cancellis includere. Ita legandi univerſalitas primò *L. Furia*; deinde *Voconia*, & tandem omnium pleniſſimè *L. Falcidia* adeò coanguſtata eſt, ut hodie nemini ultra *Dodrantem* legatis hereditatem onerare liceat, *Qvadrante* ipſi heredi integro & ſalvo relicto *pr. J. de L. Falc.*

Generalitas verò inſtituendi itidem LL. XII. tab. comprehenſa adeò coarctata fuit §. 1. *& ſeq. J. de Exher. lib.* ut in poſterum nefas ſit ſuos & in poteſtate conſtitutos vel certas qvasdam perſonas ſucceſſores ab inteſtato futuros vel præterire vel non rite exheredare.

Et qvidem cum olim liceret heredem qvemlibet ſub qvalibet conditione inſtituere: Lege Papia, aliisqve conſimilibus qvidam indigni, qvidam inteſtabiles, qvidam incapaces effecti ſunt, qvi fruſtra aut in totum aut certe ex parte heredes ſcribebantur *l. 82. ff. de acq. vel om. her. l. 15. l. 21. ff. de teſtib. l. 18. in f. ff. qui Teſtam. fac. poſſ. l. 12. ff. de his qvæ ut indign.* Gœdd. *in l. 110. ff. de V. S.*

Qvibus deinde acceſſit certa atqve ſolennis teſtandi forma *t. t. J. de Teſtam. ordin. & t. t. ff. & C. de Teſtam. & qui Teſtam. fac. poſ-*

 ſunt,

ſunt. qva neglecta, ipſa Teſtamenti ſubſtantia corruit *l. 1. ff. de iniuſt. rupt.* adeo ut ex ejusmodi teſtamento, ſolenni ſua forma deſtituto nec hereditas nec Legatum vel Fideicomm. cum effectu petatur aut debeatur *l. 17. & 23. C. de fideic.*

Qvin, hic non ſubſtitit prudentioris νομοθεσίας moderatio; ſed cum pateret hoc pacto limitatam qvidem eſſe effuſam Teſtatoris vel ſuos vel nonnullos propinqviores qvibus qverela inofficioſi competit, aliis poſtponendi licentiam; ſimul tamen iisdem extraneos indiſtincte conjungere, vel etiam propinqviores illas perſonas pro majori in eas favore vel odio inæqvaliter inſtituere relictum eſſe arbitrium: qvod tale incommodum ſecum trahebat, ut ſæpe ſui vel alii propinqviores ab inteſtato futuri heredes ſucceſſione ſibi à natura deſtinata magnam partem defraudarentur: Lex tanqvam mediatrix inter teſtantium voluntatem & inſtituendorum debitum rem ita temperavit, ut nec duri teſtatores à pietate nimium deflecterent, nec heredes ab inteſtato futuri in hereditate ſibi à natura competente evidens damnum paterentur, ac proinde certam portionem qvandam qvæ iisdem neceſſariò relinqvenda eſſet, determinavit, diciturqve vulgò LEGITIMA *l. 30. & ſeq. C. de ineff. teſt.*

Et verò eſt hoc de natura Legis civilis & præcipuus ejus finis ob qvem in ſocietatem civilem introducta eſt; nimirum ut vel illa qvæ qvidem à natura ſunt, à jure tamen naturæ in generalitate ſua relicta modum & determinationem non acceperunt, à lege Civili ſpecificarentur, vel ſi illo jam dum præcepta eſſent, à Lege confirmationem ſortirentur. *Vid.* Franciſc. Suarez. *Tract. de Legib. lib 3. cap. 21. num.* 10. Quod qvidem utrumqve ſummè neceſſarium fuit, propter præceptorum naturalium univerſalitatem Ariſtoteles *5 Eth. 7.* (2.) ob duorum ſæpe concurrentium præceptorum naturalium apparentem diſſenſionem *arg. l. 30. ff. depoſ.* qvam per legem tolli conducibilius eſt, qvàm ut Judicis arbitrio committatur, ut prudenter monet Stagyrites noſter 1. *Rhet.* 1. Albert. Bolognet. in elegantiſſimo libello *de lege iure & aquit. c.* 7. & (3.) deniqve ob hominum malitiam *arg. l. 1. ff de J. & J.* confer D. Thomam 1. *ſecunda. q. 96. art. 2.* Domin. Soto. *de J. & J. Tom. 3. Tr. 5. D. 61.*

Tametſi verò hoc qvod diximus præcipuum juris civilis ſit officium,

Digitized by Google

ficium, ita tamen illud in ſua ſpecificatione ſegerit, ut neqve in totum à naturali vel Gent. J. recedat, neqve per omnia ei ſerviat, uti prorſus philoſophicè nobis legis Civ. naturam deſcribit Ulpianus *in l. 6. ff. de J. & J.* idqve revera ita ſe habere vel in unica noſtræ Legitimæ materia nimis qvam evidenter apparet: nam liberis à parentibus, vel his ab illis alimenta deberi jus naturæ dictat, alimentorum autem loco ſuccedit Legitima (ſubintellige tamen materialiter accepta) *N. 18. c. 3.* Anton. Fab. *in C. l. 3. T. 19.* unde eadem utriusqve ex J. Naturæ deſcendit perſolvendæ obligatio, qvo pertinent *clarit xx. in l. cum ratio ff. de bonis damn. & l. ſcripto ff. unde lib. c. ius nat. diſt. 1.* Sed qvantum liberis vel parentibus debeatur, jus naturæ nuſpiam poſitivè decrevit. Succurrit itaqve Jus Civile defectum J. naturalis authoritate ſua ſupplendo, addendo & ſpecificando qvod à Jur. Nat. nusqvam determinatum erat. Hinc rectè de ſpecificatione Legitimæ M. Anton. Cuchus *Tr. de legit. pr. n. 7.* notat: *qvod tertia potius, qvàm qvarta vel dimidia eius qvod qvis ab inteſtato fuiſſet conſecuturus debeatur, id nihil ad ius naturæ ſpectat, ſed ad ius poſitivum duntaxat refertur.* Unde patet Legitimæ, qva talis, originem non Juri naturali ſed civili tantùm adſcribendam eſſe, utut fundamentum ejus in principiis J. naturalis, alio tamen atqve alio modo radicetur. Hinc eleganter etiam *Magnif. Dn.* Frantzkius *in egregio Comm. ad π. tit. de inoff. teſtam. n. 22. Legitima,* ait, *ſi preſſe loqvi velis,* formaliter *Juris Civilis eſt.* Idqve vel inde liqvet, qvia à Lege ſuam ſubſtantiam accepit *arg. l. 36. C. de inoff. Teſtam. junct. l. 6. in pr. C. de ſec. Nupt. & Nov. 18. c. 1. & N. 1. §. primum itaq;* Jacob. Cujac. *in d. N. 18.* Menoch. *de arbitr. Jud. qvæſt. l. 2. caſ. 149. n. 12.* adde Claud. Chiflet. *JCtū Gallum de Port. Legit. c. 3. per tot.* Claud. de Battandier *Tr. de Legit. c. 1.* Joſephum de Seſſe *vol. 1. deciſ. regni Arragon. deciſ. 26. in pr.* Neqve dictis refragatur qvod Paulus *in l. 7. ff. de bon. damn.* ait, rationem naturalem qvaſi legem qvandam tacitam liberis parentum hereditatem addicere, vel ut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, *junct. l. 36 §. fin. C de inoff. Teſtam.* ibiqve Gothofr. & *N. 1 in præfat. § 2. & c. 1. §. 2.* nam ut taceamus leges alias, qvoties de liberorum Jure in bonis paternis loqvuntur, facere id indefinitè *l. ſcripto §. ult. ff. ſi tab. Teſt. null. ex tab.* & ipſam deſcendentium ſucceſſionem non ex illo-

rum genere eſſe qvæ Juris naturæ ſunt poſitivè, ſed unum ex illis exiſtere qvæ fundamentum habent in conditione naturali, ſive ad qvæ jus nat. inclinat, ut egregiè obſervat Nobil. atqve Excell. Dn. D. Hahn. Anteceſſor Juris in Academia Julia celeberrimus, Dn. Præceptor ſine honoris præfatione nunqvam nominandus *in Obſervat. Theor. pract. ad Paratitl. VVeſenb. de J. & J. n. 15.* tamen dictum illud Pauli *in alleg. l. 7.* locum habet, ſi parentes inteſtati deceſſerint, neqve ultimam ſuam voluntatem expreſſam relinqverint, qvia libera diſponendi de ſuis facultas eo ipſo parentibus ademta non eſt *l. 1. C. de inoff. Teſtam.* & in in illius defectum demum ſuccedit illa ab inteſtato hereitatis transmiſſio *arg. l. 89. ff. de R. J. l. 39. ff. de acqu. vel om. her. l. 8. C. comm. de ſucc.* Ex dictis haut difficulter colligi poteſt, qvid ſentiendum de notiſſima ac ſatis intricata qvæſtione, an Legitima Lege aut ſtatuto tolli vel minui poſſit? Et priorem qvod attinet, ſi Legitimam capias *materialiter*, id eſt, pro ipſo Jure ſuccedendi, qvomodo Camerales forte acceperunt, ut Mynſ. *cent. 5. obſ. 43.* & Gail. *2. obſ. 122. n. 11.* ſanè cum deſcendentium ſucceſſio in principiis J. nat. fundamentum ponat *per l. 36. §. fin. C. de inoff. Teſtam. & N. 1. pr. & c. 1. junct. l. 7. ff. de bon. damn. & d. l. ſcripto ff. unde lib.* Legi tanta in ea qvæ à natura ſunt, non competit poteſtas, ut illa in totum tollere qveat, qvia civilis ratio civilia qvidem jura corrumpere poteſt, naturalia verò non utiqve *§. ult. J. de Legit. agn. Tut. junct. l. 8. ff. de Capitis dim.* Imò excederet lex civilis ſtatim naturam ſuam qvæ in eo conſiſtit ut in totum à J. nat. non recedat *l. 6. ff. de J. & J.* Qvod idem multò magis de ſtatutis dicendum erit, qvæ qvo longius à Jure divino vel naturali deflectunt, eò minus recipienda, ſed pro irrationabilibus habenda ac negligenda eſſe communis eſt Doctorum ſententia Bart. *ad l. 9. ff. de J. & J. num. 22. & ſeqq.* ibiqve Zaſ. *n. 11. & ſeq.* Jaſon. *in l. 10. ff. de J. & J. n. 37.* Dan. Moller. *l. 2. ſemeſtr. c. 15. n. 1.* Menoch. *l. 2. arb. jud. quæſt. cent. 6. caſ. 569. n. 4. & n. 10.* Berlich. *p. 1. deciſ. 150. n. 24.* Accedit qvod Legitima ſuccedat in locum alimentorum *N. 18. c. 3.* Dan. Mevius *in aureo Comm. ad Jus Lubec. p. 2. T. 2. art. 1.* Benedict. Carpzov. *in J. P. F. p. 3. C. 12. def. 1. n. 6. & ſeq.* alimenta autem filiis deberi ipſa natura dictat, qvod pluribus diducit magnus Grotius *l. 2. de J. b. ac p. c. 7. n. 4.* unde

de ſicuti horum totalis ademtio Juris civilis aut ſtatuti diſpoſitioni haut obnoxia eſt, ita nec Legitimæ Andr. Gail. *2. O. 122. n. 16.* Anton. Gabriel. *Comm. op. tit. de Legit. concl. 1. per tot.* Theſaur. *deciſ. 263.* Guitierez, *p. 5. practicab. quæſt. 82. n. 12.* Roſenth. *de Fendis c. 7. concl. 25. n. 27.* Et hæc non tantùm de deſcendentium ſed & aſcendentium Legitima vera eſſe arbitramur: nimirum neqve hanc Lege aut ſtatuto in totum tolli poſſe, tum qvod parentibus non minus piè qvàm liberis relinqvi hereditas debeat *l. 15. pr. ff. de inoff. teſtam.* tum qvod iisdem alimenta ratione naturali debeantur *l. 5. §. 16. ff. de agn. & al. lib.* Legitima autem, ut dictum, in locum alimentorum ſurrogata ſit, Martin. Coler. *Tr. de alim. l. 2. c. 9. n. 1. & ſeq.* Carpzov. *in J. F. p. 3. c. 12. d. f. 1. n. 6. & ſeq.* tum deniqve qvod relatorum eadem ſit ratio *arg. l. ult. C. de indict. vid. toll.* Everhard. *in Top. loco 20. n. 8.* Et hanc ſententiam ut communem & æqviorem Cameram qvoqve Imperialem non ſemel ſed multoties ſecutam eſſe in judicando, teſtatur Andr. Gail. *2 O. 122. n. 11. & 13.* adde Mynſing. *5. O. 43.* Modeſtin. Piſtor. *C. 2. O. 122. n. 5. vol. 2.* Moller. *l. 3. ſemeſtr. c. 5.* qvod noviſſimè præjudiciis Scabinatus Lipſienſis confirmat Dn. Carpzov. *J. F. p. 3. conſt. 12. def. 6.* Neqve verò huic aſſertioni qvicqvam officit, qvod ſecundum communem Dd. ſententiam qvis ſtatuto in totum à ſucceſſione excludi poſſit, Tiraq. *de J. primogen. q. 55. n. 9.* Menoch. *de arb. ind. quæſt. 62. c. 149. n. 22. & ſeq.* & tale ſtatutum Jure qvoqve divino approbatum ſit *Num. 27.* unde nihil abſurdi ſeqvi videtur, ſi ſtatutum à parte ſucceſſionis qvem in totum excludat, qvia totum qvi poteſt facere, multò magis ejus partem *c. paſtor. 20. x. de off. deleg. l. 76. ff. de R. V.* Excell. Dn. Faber Academiæ Argentinenſis Anteceſſor longè celeberrimus, Dn. Præceptor honoratiſſimus, *in Theſauro locorum comm. lib. 28. c. 22 ax. 2.* nam reſpondetur tale ſtatutum non indiſtinctè locum habere, ſed tantùm in favorem maſculorum & agnationis: ut ſi ſtatuto receptum ſit, qvod extantibus maſculis fœminæ excludantur, qvia tale ſtatutum ex juſta & rationabili cauſa receptum intelligitur, puta ad conſervandum jus agnationis & nomen familiæ, ne hereditas ad extraneam perſonam devolvatur, qvod luctuoſum eſt. Qvanqvam nihilominus ejusmodi à ſucceſſione excluſis perſonis certa

qvædam bona, puta alimenta & congrua dos, qvæ vicem Legitimæ ſubeant, licet ejus qvantitatem non exæqvent, ſuppeditanda ſit. Gail. 2. *Obſerv. 122. num. 10. & ſeq.* Peth. Heig. *p. 1. quæſt. 25. num. 25.* Imò ſi ſtatutum fœminas à ſucceſſione excludens iisdem alimentorum qvoq; adimat ſpem, illud pro irrationabili habendum ac negligendum eſſe, docet Joſephus de Seſſe *deciſ. Arragon. Tom. 1. deciſ. 26. n. 19.*

Secus tamen procul dubio erit in Legitima collateralium, qvæ cum ſicuti Legit. deſcendentium & aſcendentium in J. Nat. non radicetur, ſed tota ſit ex Jure Civili, eam in totum tolli poſſe veroſimilius eſt, Hieron. Treutl. *vol 1. D. 13. th. 12. inf. ibiq;* Bachov. *Dn.* Rittersh. *Expoſ. method. N. p. 6. c. 4. n. 25.* Bernh. Sutholt. *diſſert. 9. th. 39.* qvi tamen malè hoc ad aſcendentes extendit, cui ex antea adductis fundamentis pro Legit. aſcendentium, facilè reſponderi poteſt. Legitima itaqve deſcendentium, atqve aſcendentium qvatenus accipitur *materialiter* i. e. pro Jure ſucceſſionis, lege vel ſtatuto tolli non poteſt, ſed qvatenus *formaliter* Legitima accepta denotat. *Quotam*, ſive certam ac legibus determinatam qvantitatem, eatenus eam tolli ac minui poſſe, ſuſtineri poteſt; id eſt, ut rectè explicat Bernh. Sutholt. *D. 9. th. 35.* fieri poteſt, ut nomine Legitimæ non veniat amplius talis, ſed alia portio: cum enim Legitima prout qvota eſt, non à Jure naturæ, ut oſtendimus, ſed à Jure civili ſubſtantiam capiat, *N. 18. §. 1.* Civilis verò ratio civilia jura corrumpere qveat, *§. ult. J. de Legit. agn. Tut.* Legitimam qvoqve à jure civili inductam, qvà talem, ab eodem immutari poſſe, expeditum eſt, cum unumqvodq; eo modo ſolvatur, qvo ligatum eſt *l. prout ff. de ſolut & l. 35. ff. de R. J.* Ex qvibus omnibus lucem qvoq; accipit alterum ſupra propoſitæ qvæſtionis membrum, an Legitima ſtatuto minui qveat? nam ſi determinata legitimæ qvantitas juri tantum civili debetur, nihil obſtat qvo minus eadem pro certa rerum circumſtantia poſſit immutari vel minui *arg. d. c. paſtor. 20. x. de off. de leg.* Bart. *in l. Titio centum §. ult. ff. de cond. & dem.* Natta *Conſ. 308. n. 7.* Gail *2. O. 122. n. 11.* cujusmodi deminutionem Legitimæ ſtatutariam diſertè comprobat Conſtitutio Electoralis Saxon. *p. 3. C. 11. ibiq; Dn.* Carpzov. *def. 6.*

CAP. V.

Cap. I.

Sectio Secunda.

De

Legitima Definitione ac Diviſione.

Aphorism. I.

DEfinitio eſt vel nominis vel rei. Nominis eſt vel etymologica vel homonymica vel ſynonymica. *Etymologiam* Legitimæ qvod attinet; ipſum vocabulum innuit, denotari eo omne qvicqvid à Lege deſcendit, aut ab ea robur ſuum habet. Sic dicimus legitimas uſuras exigi *l.eos C.de uſur.* Legitimas nuptias *l.19.ff. de ſtat. hom.* Legitimam uxorem *l. 4. ff de R. N.* Legitimas actiones §. *ſed iſta J. de act.* Gœdd. *ad l. 30. ff. de V. S.* In ſpecie verò ſignificat illa qvæ à jure civili introducta, exindeqve ſubſtantiam & formam ſuam acceperunt Claud. Chiflet. *de Legit. c.3. ſub f.* Sic Tutela Legitima vocatur, qvod lex 12. Tabb. eam ſolùm nulla mediante Teſtatoris voluntate deferat, cujusmodi eſt legitima agnorum, parentum & Patronorum Tutela *t. t. J. Legit. patr. & par. Tut.* Ita & ſucceſſio Legitima appellatur, qvod ſola lege ſine ulla voluntate expreſſa & aperta deferatur *l.3. ſ. 2. ff. pro ſoc.* Magnif. Dn. Frantzk. *in Comm. ad J.F. de hered. qvæ ab inteſt.* Franciſc. de Barry *de ſucceſſ. Teſt. ac inteſt. lib.16.T.7. n.1.* Et hoc ſenſu portio qvoqve noſtra vocatur *Legitima*, qvia illa qvatenus qvota eſt, à lege civili primùm introducta & determinata eſt, ut ſupra oſtendimus, & vel ex unica *N.18.c.1.* abundè ſatis conſtare poteſt.

Homonymiam hujus vocabuli jam ſupra inſinuavimus, qvando inter Legitimam formaliter & materialiter ita conſideratam diſtinximus: qvippe *materialiter* accepta denotat ipſum jus ſuccedendi *arg. l.7.* ibi, *velut ad deb. ſucceſſ. ff. de bon. damn. junct. l.11. ff. de lib. & poſthum. Formaliter* autem connotat ſucceſſionis qvotam *Auth. Noviſſ. C. de inoff. teſtam. junct. l.6. C. & l.8. §. 8. & ſeq. ff. eod.* Et in ultimo hoc ſignificatu (ut & *Synonymiam* attingamus) Legitima varias in jure noſtro ſortitur appellationes. Et qvidem primò vocatur interdum *Debitum N.18. & l.5. C. de inoff. don.* & *Debita legis portio in N.115. c.3.* adeò ut hinc inde filius *Creditor patris* à Doctoribus appellari ſoleat.

Digitized by Google

leat,ut eſt apud Pariſ. *vol.3.conſ.108.n.12.* (2) appellatur *Quarta l.29.C. de inoff. Teſtam.* & *Quarta pars l.36. §. 1.C.eod.* qvoniam J vet.eſt qvarta pars bonorum *l. 8. §. qvoniam ff. eod.* Jul.Pac. *in C. l. 3. method. T.28. c.6.n.29.* Ex qvo autem jure noviſſimo per *N.18.* ea portio aucta eſt, modò *Semiſſis* modò *Trientis* appellationem illa nanciſcitur. (3) Interdum voçatur *Falcidia l.37. & auth. unde etſi parens C. de inoff. teſtam. N.92. in pr.* & hoc qvidem non propriè qvaſi Falcidia & hæc qvarta Legitima nihil planè differrent; ſed impropriè & qvod in perſonis liberorum hæc nonnunqvam confundantur, aut ſaltem una in alteram immutetur, Excell. Dn. Ludwell. Præceptor & Fautor ſummè obſervandus *in eleganti Tr. de ult. volunt. cap.4.* Rol. à Valle *v. 3. q.39.* Vasq. *de ſucc. creat. lib.2. §.20. n. 283.* Deniqve (4.) & qvidem freqventius indigitatur, *Legitima l.33. in pr. C. de inoff. teſtam.* vel *pars Legitima l.34.l.36. in pr.* vel *Legitima portio l.30. in pr. & §. ult. l. qvæ nuper l.31. l.32. & l.35. C. eod.* Germanicè appellatur vollſtändig-gebührender Pflichtheil/Beſcheidentheil/Nothgebührniß.

Realis Legitimæ definitio ſimplicius ita inſtitui poteſt, qvando deſcribitur,qvod ſit: ***Qvota debita ab inteſtato bonorum portionis, certis perſonis ex legis diſpoſitione ac determinatione in Teſtamento neceſſariò relinqvenda.*** Singula hujus definitionis verba cum habeant ſua myſteria, ut ita loqvi liceat cum Accurſio ad defin. act.in J. traditam,operæ pretium videmur facturi, ſi ſingula preſſius nonnihil conſideremus. Et genus qvidem conſtituimus *qvotam*, qvia jure novo portio illa pro ipſarum perſonarum,qvibus debetur, numero variat *N.18. pr.* ut nunc Triens nunc Semis exiſtat, adeoqve alterutrum horum appellativorum non niſi ineptè generis loco collocaretur, contra generis latitudinem & regulam Philoſophorum communem, qva definitio debet reciprocari cum ſuo definito, & neutrum horum altero latius vel anguſtius exiſtere, Ariſt.2.*Top.7.§.1.* Dan.Stahl. *Reg. Philoſoph.T.2.reg.9.*

Eſſe qvotam *portionis ab inteſtato debitæ*, expreſsè dicitur in *l. 8. & 31. C. de inoff. teſtam.* & *l.2.C.de inoff. donat. junct.l. 8.§.6.ff.de inoff. T.* & *N.1 c.1.* verb. *ſecundum quartam ab inteſtato.* qvomodo etiam tenent Donell. *l.19. Comm. c. 4.* Alex. Trentacinq. *l. 1. var. reſol. Tit. de Legit. reſol. 3.n.10.* Hartm. Piſtor. *lib. 2. qvæſt. 38. n. 16.* Borgnin. Cavalcan.

Deci

Deciſ. Fivizanenſ. p. 3. dec. 8. num. 19. Honded. *conſ. 10. vol. 1. n. 16.* Angel de Gambigliol. *in Tr. de Teſtam. gl. 72. n. 3.* Unde etiam à denegatione & excluſione ſucceſſionis ab inteſtato ad excluſionem Legitimæ valida eſt illatio; qvia ſucceſſiones fontes ſunt ex qvibus Legitimæ ſcaturiunt manant ac profluunt, ut loqvitur Claud. de Battand. *in præf. de Legit. ſub f.* Et Legitima regitur ac regulatur in omnibus à cauſa inteſtati *Gl. commun. recepta in l. 8. §. unde qvis ff. de inoff. teſtam.* Socin Jun. *Conſ. 87. n. 7. l. 4.* Menoch. *conſ. 153. n. 18. lib. 2.* Cravetta *conſ. 966. l. 5. n. 2.* Honded. *conſ. 10. n. 20. & conſ. 77. n. 10. l. 1.* Patet ex dictis ſimul, nec fœminæ qvæ per ſtatutum extantibus maſculis à ſucceſſione excluditur, Legitimam deberi; qvia incapax ſucceſſionis, incapax qvoqve eſt Legitimæ, Petr. Heig. *p. 1. qveſt. 15. n. 11.* qvod latius diducunt Tiraqvell. *de J. primog. q. 55. n. 9.* Ludov. Molin. *de prim. Hiſpan. l. 2. c. 3.* Joſeph. Ludov. *deciſ. 21. n. 41. & ſeq.* Cavalcan. *Deciſ. Fivizan. p. 3. deciſ. 8. n. 1. 2. & ſeq.* Cravett. *conſ. 11. n. 13. l. 1.* Herm. Vult. *Conſ. Marp. 29. n. 40. vol. 2.* Ita pariter à denegatione qverelæ inofficioſi ad excludendam legitimam valet conſeqventia, Purpur. *conſ. 130. n. 13.* Natta *conſ. 199.* Cravetta *conſ. 966.* cujus ratio eſt in promtu, qvia Legitima ſucceſſit in locum qverelæ *l. 30. C. de inoff. teſt.* adeoqve cui hæc denegatur, eidem nulla qvoq; competet Legitima; qvia qvod in locum alterius ſurrogatur, ſapit illius naturam *arg. l. 9. ff. ſi cert. pet. l. 10. §. 2. ſi qvis caut.* Brunor à Sole *in locis Commun. v. ſubrog.* Mareſcot. *var. reſol. l. 2. c. 8. num. 8.* Giurba *in Conſvet. Meſſonenſ. cap. 12. gl. 2. n. 9.* Mercur. Merlinus *Tract. abſolut. de Legit. l. 1. Tit. 1. q. 1.* qvi ulterius ex dictis infert, qvod cum ſtatutum alicubi inducit differentiam inter perſonas in ſuccedendo, Legitima qvoqve juxta illam ſuccedendi rationem ſit commenſuranda *juxta Gl. & Dd. in l. Papin 8. §. unde ſi, ff. de inoff. teſtam.* Pariſ. *conſ. 53. n. 71.* Boer. *deciſ. 189.* Berlich. *p. 3. concl. 11. n. 1.* Ratio eſt, qvia ſicuti iis qvi non habent ſucceſſionem ab inteſtato non debetur Legitima, ita & iis, qvibus non debetur ſucceſſio niſi limitata, & Legitima qvoqve non niſi moderata competere poteſt, cum idem jus ſit partis ad partem, qvod eſt totius ad totum *l. an. pars ff. pro derel.* Merlin. *d. l. n. 17.*

Negativè itaqve valet argumentum à ſucceſſione ad Legitimam,

Digitized by Google

mam, ſed non affirmativè; qvia ſucceſſio Cognatis & Agnatis qvoqve debetur *N. 118. c. 3. & 4.* qvibus tamen Legitima denegatur, qvia & ad qverelam inofficioſi iisdem qvoqve via præcluſa eſt *l. 1. ff. de inoff. teſtam.* ad qvam tamen excludendam Legitima primitus introducta fuit *§. ult. I. de inoff. teſtam.* Si itaqve non omnibus futuris ab inteſtato heredibus debetur Legitima, patet ratio, qvare certis tantùm perſonis eam conceſſam in noſtra definitione innuimus: qvod vel ideo neceſſarium fuit, ne qvis forte omnibus, qvibus alimenta debentur, & legitimam competere crederet. Tametſi enim à Legitima ad alimenta rectè concludatur, tamen viciſſim ab alimentis ad Legitimam nulla legitima eſt conſeqventia *arg. N. 89. c. 2. §. 4.* Anton Perez. *ad T. C. de al. lib. ac. par.*

Bonorum autem portionem eam appellavimus, non eo qvidem ſenſu, qvo Doctores Legitimam vulgò qvotam bonorum qvotæ hereditatis oppoſitam eſſe contendunt, ſed qvatenus vel juxta *Africanum in l. 208. ff. de V. S.* bonorum appellatio ſicuti hereditatis univerſitatem ac jus ſucceſſionis & non ſingulares res demonſtrat: vel qvatenus denotat univerſum alicujus patrimonium; qvomodo accipiebatur in vet. acqviſitione per arrogat. *t. t. J. de ſucceſſ. ſubl.* Goedd. *ad d. l. 208. ff. de V. S. n. 3.* qvo ſenſu etiam ſæpe Legitima noſtra vocatur portio ſubſtantiæ *in auth. noviſſ. & l. pen. C. de inoff. teſtam. N. 18. c. 1.* Unde ſunt qvi vocabulum hoc *ſubſtantiæ* omnium tutiſſimè in definitione collocari exiſtimant, qvia omnem Legitimam de jure noſtro civili *qvotam bonorum* vel *hereditatis* eſſe, temere cum vulgo aſſerendum non videtur; de qva tamen ſpinoſa & omnium confeſſione ardua controverſia ut noſtram ſententiam in tanta Doctorum diſſenſione non diſſimulemus, ideoqve ſecuti ductum acutiſſimi Bachovii *in notis ad Treutl. v. 1. D. 13. theſ. 12. lit. c. & in Tr. de Act. Diſp. 2. theſ. 17. lit. A.* ut & Magnif. Dn. Frantzkii *in comm. ad tr. de inoff. teſtam. n. 35. & ſeq.* nec non Alvari Valaſci *JCti Hiſpani in Praxi partit. & collat. c. 17. n. 18.* non una cautione explicatione & diſtinctione hanc nodum longe difficillimum & propemodum Gordium diſſolvere conabimur. Et primò qvidem ſciendum, hanc qvæſtionem, utrum Legitima

ſit

ſit *qvota bonorum* an *hereditatis*, non eſſe de lana caprina, ſed maximi momenti; nam utriusqve aſſertionis inſignes ſunt effectus: ſic ſi eſt *qvota bonorum*, ut communiter Dd. tenent, ſeqvitur, eam portionem non titulo qvodam univerſali, ſed particulari ab hereditate ſeparatam deberi, eumqve cui relicta eſt non heredem ſed Legatarium eſſe, adeoqve nullas actiones hereditarias contra eum intentari poſſe *arg. l. 8. §. ult. ff. de Legat. 2. cum l. ſeq.* Contrà, ſi eſt *qvota hereditatis*, inſtitutus habet eam Titulo univerſali & tenetur Creditoribus hereditariis ac Legatariis pro parte qva eſt heres in Legitima, Valaſcus *d. l. n. 4.* Bach. *ad Tr. d. l. lit. c.* Jam pro ipſius qvæſtionis enodatione habendum, qvod aut qværatur de Legitima danda filio exheredato vel præterito, aut de filio qvi ſuccedit. Illo caſu diſtingvendum inter jus vetus & novum. Jure vet. qvod habetur in *§. ult. J. de inoff. teſtam.* Legitima qvocunqve Titulo exheredatis relinqvi poterat; unde cum exheredatus non exiſteret heres, Legitima qvoqve ejus non poterat eſſe *qvota hereditatis*, utpote à qva excluſus erat, ſed *qvota bonorum*, & per conſeqvens exheredatus inſtar Legatarii oneribus & actionibus hereditariis haut implicabatur, ſed ſuam qvotam ab hereditate ſeparatam ſine omni onere poſſidebat particularem, de qvo caſu loqvitur *l. 32. & 36. C. de inoff. teſtam.* Jure autem novo, qvod extat in *N. 115. c. 3.* poſtqvam Legitima Titulo inſtitutionis deſcendentibus & aſcendentibus eſt relinqvenda, utiqve juris ratio aliter non fert, ac ut ejusmodi portio *qvota hereditatis exiſtat*, qvia Titulus inſtitutionis facit heredem, *arg. d. N. 115.* qvicunqve autem heres eſt, in illo circa bona qvatenus in iis heres eſt, nulla extra hereditatem portio dari nec cogitari poteſt, ut recte obſervat Bachov. *d. D. de Act. 2. th. 17.* confer Sutholt *D. 9. th. 72.* adeoqve cum Legitima hodie ab hereditate non poſſit ſeparari, dicendum, eam nunqvam qvotam bonorum ſed hereditatis eſſe: qvo referri debent & alia non contemnenda fundamenta qvæ fideliter congeſſerunt Fachin. *l. 12. contr. cap. 4.* & Vasq. *de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 20. p. 4. n. 211.* qvibus noviſſimè accedit Henricus Zoeſius *in comm. ad ff. tit. de inoff. teſtam. n. 112.*

Neqve obſtat qvo communiter Dd. in contrarium moventur qvod Legitima non deducatur niſi deducto ære alieno *l. 8. §. 9. de in-*

 off.

off. teſtam. bona autem illa demum intelligantur, qvæ deducto ære alieno ſuperſunt *l. ſubſignatum 39. §. 1. ff. de V. S.* Item qvod in *l. 6. C. de inoff. teſtam.* appellatur qvinta bonorum; nam præterqvam qvod bonorum appellatione veniat hereditas *l. nam quod 1. ult. ff. ad SC. Trebell. l. 3. pr. ff. de bon. poſſ.* nullibi qvoqve dicitur Legitimam eſſe debere *quotam bonorum*, & textus ad id probandum adducti, agunt de qverela inofficioſi excludenda: qvod ſi enim filius habet qvantum ſibi debetur de Legitima deducto ære alieno, non auditur in qverela, ut in *d. l. 8. ff. de inoff. teſtam. & §. fin. J. eod.* Valaſc. *d. c. 17.* Qvod autem Legitima non deducatur niſi deducto ære alieno, exinde non ſeqvitur E. erit *quota bonorum*, qvatenus eſt oppoſita *quota hereditatis*; qvia computatio æris alieni non fit eum in finem ut heres non excipiat vel exerceat actiones hereditarias, ſed ut ſciri poſſit eo caſu qvo hereditas gravata eſt Legatis vel Fideicom. qvantum Legatariis vel Fideicom. detrahendum ſit; idqve non tantum in filio herede, ſed etiam qvovis extraneo cui debetur Falcidia vel Trebell. qvas tamen nemo hactenus dixit eſſe *quotas bonorum*, Bach. *de Act. d. l.* Vel dicendum dictam æris alieni deductionem non ad actualem & realem deductionem pertinere, ſed ad ſubductionem rationum & computationem, qvantum ſit in legitima: vel ſi veram deductionem urges, (cujusmodi certo in caſu diffiteri non licet) tamen non evinces hinc inde *quotam bonorum*, qvia ipſa hereditas non eſt niſi deducto ære alieno qvod ſubſtantiam Teſtatoris & conſeqventer Legitimam, qvæ exinde præſtanda, minuit, Frantzk. *ad tit. de inoff. n. 35.* Gail. *2. O. 119. n. 11. & ſeq.* & nihilominus tamen reſidua ſubſtantia venit titulo univerſali; qvia & legatum non debetur niſi deducto ære alieno, & tamen *Florentinus in l. 116. pr. de Legat. 1.* illud deſcribit qvod ſit *deliberatio hereditatis.* Qvod autem æris alieni & funeris impenſarum deductio præcedat Legitimæ detractionem, ejus ratio eſt, qvod illud, ceu verum debitum, hoc noſtro, qvod comparativè qvaſi tale eſt, longe potentius exiſtat, adeoqve non ſit mirum ſi illi hoc in deductione cedat, Henricus Zœſius *d. l. n. 113.* Sed qvid videtur? annon eo caſu qvo qvis juxta diſpoſitionem *N. 115. c. 5.* in re certa inſtitutus, eaq; contentus eſſe juſſus eſt, illa portio erit qvota bono-

bonorum; præſertim qvia ita inſtitutus pro Legatario habetur *l. 13. C. de her. inſt.* verùm pro hujus dubii ſolutione plenius ita diſtingvendum. Vel inſtitutus qvis eſt ſimpliciter in ſua Legitima, aut in alia hereditatis qvota, puta Triente vel Sexante, vel in re certa extra Legitimam vel hereditatis qvotam. Prioribus duobus caſibus, ita inſtitutus eſt heres, & ejus qvota hereditatis, per ſupra adductum fundamentum; idqve ſive ſolus ſit, ſive concurrat alius univerſalior heres; adeoqve pro rata Creditoribus hereditariis reſpondere tenetur. Poſteriori caſu intereſt utrum ita inſtitutus ſolus ſit, an alius heres vel ex eadem vel pluribus partibus, vel an univerſaliter inſtitutus concurrat. Primo, ſecundo, & tertio caſu ita inſtituti exiſtunt veri heredes *arg. l. 1. §. 4 ff de her. inſt. & l. 9 §. 13. it. l. 10. ff eod.* Ratio eſt, qvia heres inſtitutus repræſentat defunctum, tanqvam ſucceſſor juris *l. 24. ff. de V. S.* talis autem eſſe neqvit qvi certas res habet, & nemo poteſt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere *§. 5. J. de her. inſt.* Rerum autem certarum mentio hoc operatur ut heres res illas habeat jure prælegati *l. 35. ff. de her. inſt.* Ultimo caſu qvo heres univerſaliter inſtitutus concurrit, tum diſtingvendum eſt cum Valaſco (qvem aliàs in hoc articulo omni ex parte non ſeqvimur) *d. c. 17. n. 18.* utrum univerſalis ille heres repudiet hereditatem, an verò adeat. Priori caſu ex re certa inſtituto univerſa hereditas accreſcet *arg. d. l. 1. §. 4. ff. de her. inſt. & l. ſi ulterius ff. eod.* cenſebiturqve inſtitutus, heres univerſalis; qvo præſuppoſito, qvotam ejus non bonorum ſed hereditatis eſſe, expeditum eſt. Poſteriori caſu in re certa inſtitutus erit pro Legatario, per *d. l. 13. C. de her. inſt.* qvem cum ab omnibus oneribus hereditariis immunem eſſe conſtet, qvotam ejus bonorum non verò hereditatis eſſe, itidem in confeſſo eſt: Et nihilominus tamen idem qvi *in d. l. 13.* habetur pro Legatario, eſt heres ratione tituli, & ratione perſonæ, cujusmodi etiam expreſſè vocatur *in d. N. 115. c. 3.* confer Nobiliſs. Dn. Hahn. *in Obſ. ad VVeſ. T. de inoff. teſt. n. 6.* Neqve hoc aliter etiam eſſe poteſt, præſertim ex qvo ad excludendam qverelam non ſufficit titulus particularis, ſed *inſtitutionis*, qvi ratione ſui ipſius eſt univerſalis, licet ratione rerum ſecundum qvid, videatur particularis. Qvin & titulus hic inſtitutionis non eſt inanis, qvod patet eo in caſu qvo concurrens univerſalior

lior heres delatam hereditatem repudiat, qvia tota hereditas, in re certa inſtituto accreſcit. Inſtitutus itaq; in re certa, (ut ipſe Bachov. *ad Treutl. d. l. lit. A.* nobis hic aliàs contrarius, diffiteri non poteſt mixtam & mediam obtinet naturam inter herdem verum & Legatarium propriè ita dictum; ita ut ſine onere rem illam heres habeat, qvod Legatarii aliàs eſt, & ut repudiata hereditas eidem accreſcat, qvod Legatariis nullibi in jure conceſſum eſt.

A Lege portionem noſtram Legitimam deberi, expeditum eſt *per l. 6. §. fin. autem C. de ſec. nupt. & l. ſcimus § cum autem C. de inoff. teſtam. N.* 115. *c.* 3. Aſcan. Clementin. *in Tr. de patr. pot. c.* 6. *effect.* 16. Angel. de Gambigliol. *conſ.* 39. *n.* 11. *& ſeq.* M. Anton. Peregrin. *Tr. de Fideicomm. art.* 36. *n.* 36. qva autem lege aut qva juris parte illa primitus fuerit introducta, inter Doctores non convenit. Sunt qvi eandem originem Legitimæ eſſe cenſent, qvæ eſt qverelæ inofficioſi; qvorum opinionem doctè confutavit Claud. Chiflet. *de Port. Legit. c.* 4. Alii à Falcidiæ origine Legitimam arceſſunt *arg. l.* 31. *C. de in off. teſt. l.* 5. *C. ad L. Jul. maieſt. l.* 5. *§. ff. de inoff. teſt. N.* 92. verùm nec hoc temere admittendum, qvia hæ portiones in jure ſatis accuratè diſtingvuntur; & Legitimam non niſi impropriè Falcidiam in jure dici, jam ſupra annotare antevertimus. Accedit qvòd L. Falcidia Cæſaris Auguſti demum temporibus lata, qverela autem inofficioſi, ad qvam excludendam Legitima inter alia introducta eſt, longè antiqvior exiſtat, & in libera Rep. non ita multò poſt LL. XII. Tab. interpretatione JCtorum inducta fuereit; unde non ſit veroſimile, Teſtamenta defunctorum tam diu obnoxia fuiſſe promiſcuæ poteſtati qverelam inofficioſi moventium, Magnif. Dn. Frantzk. *in comm. ad π. de inoff. teſtam. n.* 24. *& ſeq.* cujus ulteriorem in hac controverſia conjecturam tametſi non magnopere improbemus, tale tamen qvod pro certo affirmare liceat, in ea vix deprehendimus: unde tutius forte erit, ſi cum Mareto *Tr. de Qvartis c.* 8. *n.* 4. dicamus, legem qvæ modum poſuit & Qvartam definivit, incertam eſſe, nec toto jure apparere qvænam ea fuerit.

Teſtamento autem Legitimam relinqvendam eſſe, ideo in definitione adjecimus, qvia ſicuti filius non habet jus aliqvod qvæſitum in bonis paternis vivo patre, ita multò minus eodem ſuperſtite in Legiti-

gitima; adeoqve nulla in patre vivo ad eam aſſignandam ſubeſt obligatio *arg. l. 1. §. 21. ff. de collat. & l. 63. ff ad L. Falc.* Schneidevv. *ad T. J. de her qual. & diff.* Jaſon. *in l. Lex Corn. n. 5. ff. de V. & P. S.* Bart. *in l. 6. ff. de lib. leg.* Moller. *l. 3. ſemeſtr. c. 6 n. 2.* Ben. Carpzov. *p. 3. c. 12. def.* 10. de qvo plenius & accuratius infra agemus. *Neceſſario* autem certis qvibusdam perſonis, qvas Teſtator ex Aſſe inſtituere nolit, noſtram portionem relinqvendam eſſe, expreſſè diſpoſuit Imp. Juſtin. *in N. 1. pr. verb. necesſitatem imponit lex, & c. 1. §. 1.* unde non obſcurè colligitur, eam qvidem poteſtatem qvam ſupra legi & ſtatuto circa Legitimam, eam vel tollendi vel minuendi conceſſimus, privato Teſtatori omnino denegatam eſſe; nam qvæ à jure ſemel determinata ſunt, privatorum diſpoſitioni amplius non ſubjacent *l. 38. ff. de pact. l. 20. ff. de relig. & ſumt. fun.* Bach. *ad Tr. vol. 1. D. 6. th. 8. lit. A.* accedit qvod Lex Legitimam liberam & ſine omni onere vel gravamine ſuccedenti deſtinavit *l. 29. C. de inoff. teſtam.* qvam tamen ſi Teſtatori minuendi facultas competeret, ſine onere heres conſeqvi non poſſet. Neqve verò tantùm directè Teſtator id facere prohibetur *auth. ſi qua mulier C. de SS. Eccleſ.* ſed & obliqvè id facere neqvit, puta per dotem aut donat. inofficioſ. *t. t. C. de inoff. dot. & don.* vel per legatum aut uſumfructum omnium bonorum *auth. Noviſſ. C. de inoff. teſtam.* vel etiam per taxationem in præjudicium heredum factum Dn. Carpzov. *in J. F. p. 3. c. 12. def. 7.* Dan. Mevius *ad Jus Lubec. p. 2. Tit. 1. art. 8.* Et hoc adeò verum eſt, ut Teſtator etiamſi aliqvam Legitimæ partem expreſſè in teſtamento heredi reliqverit, tamen hac ſua diſpoſitione integræ portioni vel actioni ad ſupplementum præjudicare neqveat *§. 3. J. de inoff. l. 35. §. 2. ff. eod.* nedum ut expreſſis verbis eandem tollere vel minuere qveat, Cardin. Tuſch. *practicab. concl. Tom. 5. lit. L concl. 193. n. 15. & ſeq.* Vincent. Hondet. JCtus Italus *conſ. 10. n. 2. vol. 2.* Pruckman. *conſ. 34. n. 55. vol. 1.* Sebaſtian. de Monticulo *Tr. de invent. c. 9. n. 207.* Simon. de Prætis *de int. ult. vol. lib. 3. dub. 5. ſol. 6. n. 62.* Borgin. Cavalcan. *Deciſionum Fivizanenſ. p. 3 Dec. 8.* Prohibitio enim petitionis ſupplementi & qvicqvid omnino conditionem Legitimæ deteriorem reddere poteſt, in Teſtamento pro non ſcripto haberi debet, Anton. Faber. *in C. lib. 3. T. 29. def. 10. n. 4.* Fabian. de Giochis *in auth. Noviſſ. n. 123. & ſeq.*

 Georg.

Deſcendentibus omnium primò Legitima debetur, qvia ad hos omni jure ſive divino ſive humano hereditas ab inteſtato, qvæ Legitimæ fundamentum eſt, priori loco, devolvitur. *Geneſ. 13. & 15. v. 4. Levit. 25. Lucæ 20. v. 14. Ep. ad Rom. 8. 17. 2. ad Corinth. 12. Ep. ad Galathas 4. 7. l. fin. C. qvor. bon. l. 8. ff. de bon. damn. l. un. C. de imp. lucr. deſcr. l. ſcripto ff. unde liberi. §. 1. J. de her. qvæ ab inteſt. §. 2. J. de her. qval. & diff. t. t. ff. & C. de ſuis & legit. & t. t. ff. & C. unde Lib. N. 118. c. 1. c. 7. diſt. 1. & c. Raynut. x. de Teſt. un.*

Indigitamus autem vocabulo deſcendentium liberos (hi enim inter ſe convertuntur Valent. Forſt. *de ſucceſſ. ab inteſt. l. 4. c. 2. n. 15.*) in linea deſcendenti conſtitutos, relatione facta ad eum de cujus ſucceſſione qværitur, Calvin. & Schard. *in Lexic. Juridic. voc. deſcendentes*: qvandoqvidem nomen *Liberorum* ambitu ſuo non tantùm filios & filias ſed & nepotes pronepotes ac neptes cæterosqve ex his deſcendentes complectitur *§. ult. J. qvi Teſtam. tut. eſſe poſſ. l. 16. ff. de Teſtam. Tut. l. 10, §. 9. ff. de in jus voc. l. 220. ff. de V. S. ibiq;* Alciat. & Gothofred. Eo tamen ordine hi deſcendentes ad Legitimam admittuntur, qvo defuncto ſucceſſuri eſſent ab inteſtato, adeò ut ſi nepos ex filio cum patre in defuncti avi ſucceſſione concurrat, à patre (defuncti filio) excludatur; at nepos ex filio cum patruo ſolus coexiſtens ad ſucceſſionem avi ſimul admittatur, Franc. de Barry *Tr. de ſucceſſ. teſtat. ac inteſt. l. 16. T. 1, n. 2.* M. Ant. Cuch *de Legit. p. m. 3.* Sed ut de ſingulorum deſcendentium Legitima preſſius nonnihil tractemus, ita habendum.

Liberi in univerſum vel ſunt veri vel ſunt ficti; Veri vel legitimi vel illegitimi. Legitimi vel ſunt tales ab ipſa nativitate, vel ex poſt facto per Legitimationem ſubſeqventem. Legitimi ab ipſa nativitate ſunt vel Sui vel Emancipati. Sui vel nati vel naſcituri. Illegitimi ſunt tales vel ſecundum qvid, vel ſimpliciter. Ficti liberi ſunt vel adoptati vel arrogati.

Liberi naturales & legitimi ſimul à nativitate, iidemq; ſui & jam nati, qvia jure novo, qvod habetur *in l. ult. C. de lib. præterit. & §. 5. J. de Exh. lib*, nominatim ſunt vel inſtituendi vel exheredandi, Legitimam qvoqve eosdem à Teſtatore, eo caſu qvo vel inæqvaliter hereditatem inter ſuos diſtribuere vel extraneos ſimul inſtituere de-

crevit,

crevit, exigere poſſe, expeditum eſt, vid. Claud Chiflet. *de port. legit. c. 9.* Fabian. de Giochis *in auth. noviſſ. n. 31. C. de inoff. Teſtam.* Merc. Merlin. *de Legit. l. 1. T. 2. q. 1.* Idem dicendum de *Poſthumis* § *5. J. de Exher. lib.* ibiqve Schneidvv. *& arg. l. 7. & 26. ff. de ſtatu hom.* Bernh. Wurmſer. *l. 1. O. T. 39. O. 11.* Dom. Cardin. Tuſch. *Tom. 5. pract. concl lit. L. concl. 183. n. 2.* Berlich. *p. 3. concl. 12. n. 5.* modo tamen (1.) poſthumus vivus, integer, & juſto tempore in lucem prodeat, nec ad monſtrum vel prodigium declinet *l. 3. C. de poſth. her. inſt. l. 14. de ſtatu hom. l. 38. & l. 135. ff. de V. S.* ibiqve Gœdd. Nobil Dn. Hahn. *ad VVeſenb. de ſtatu hom. n. 3.* Coler. *p. 2. deciſ. 258.* & (2.) modo Teſtator poſthumum talem relinqvat, qvi ex eo probabiliter natus præſumatur, & ob vires naturales naſci aut procreari ab eo potuerit: nam ſi octuagenarius paulò ante obitum juvenculam ducens, eandem decedens prægnantem relinqvat, poſthumus non ex eo, ſed ex alio conceptus præſumetur, adeoqve nullum ſucceſſionis jus eidem qvæſitum fuerit, Nobil. & Magnif. Dn. D. Richter, Fautor & Patronus ſummo obſervantiæ cultu proſeqvendus *in eleg. Tr. methodico de Succeſſ. ab inteſt. ſect. 1. n. 3.*

Neqve diverſum de J. Nov. in *Emancipatis* obtinebit, qvoniam ex qvo ſublata eſt differentia emancipationis & patriæ potaſtatis qvoad ſucceſſiones, *N. 118. c. 4. Gl. in l. Gallus verb. agnationis ff. de lib. & poſthum. l. meminimus C. de Legit. her.* Schneidvv. *ad* § *J. de Exher. lib.* adeò ut non amplius jure Prætorio ſed jure civili, i. e. intra 30. annos admitti debeant, eadem qvoqve horum inſtituendorum qvæ ſuorum & in poteſtate relictorum erit neceſſitas *§. 5. J. de Exher. lib.* nam qvo jure qvis ſui inſtituendi urget neceſſitatem, eodem & Legitimam ſibi exigendi facultatem. Et hanc ſentent tuentur Marc. Mantua. *ſing. 562.* Decian *conſ. 9. n. 531 3.* Aſcan. Clement. *Tr. de patr. poteſt. eff ctu 17. n. 2. & c. ult. n. 89.* Sebaſt. de Monticulo *Tr. de patr. pot.* § *ius autem poteſt.* Surdus *de alim. T. 1. q. 1 n. 2.* Hocqve multò magis in iis obtinebit, qvi hodie non tantùm jure Saxonico, ſed per univerſam ferme Europam recepta conſvetudine pro emancipatis habentur; cujuſmodi ſunt filii qvibus pater res ſuas ſeorſim habere & negociationes proprias inſtituere permiſit, item, qvi qvoad habitationem & menſam à patre ſegregati atqve uxorati propriam alunt

Digitized by Google

ſunt familiam, Dan. Möller. *ad Conſt. Elect. Saxon. 20. p. 3. & l. 2. ſemeſtr. 16. n. 6.* Brunner *de Collat. c. 3. n. 9. Exc.* Dn. Hahn. *ad VVeſ. T. de adopt n. 7.* qvemadmodum enim de J. Civ. Emancipatis jus ſucceſſionis ſalvum & integrum remanſit, ita pariter & hodiernis emancipatis neq; Jur. Saxon. neqve conſvetudinario id ademtum legitur, adeò ut iisdem qvoqve Legitimam deberi extra controverſiæ aleam merito collocandum ſit. Alia tamen ratio erit in filiis *Separatis*, vulgò abgelegten und abgeſonderten Kindern / in qvibus & hodie effectum exheredat. & de Jur. vet. emancipatorum durare Dd communiter docent. Et poſſunt de his videri (qvia hujus loci propriè non ſunt, ſed pertinent ad mat. cognatorum huic noſtræ Legit.) Dan. Mevius *ad Jus Lubec. p. 2. T. 1. & 2. art. 8. 12. 31. & 33.* Goedd. *Conſ. Marpurg. 26. n. 4. & 67. vol. 1.* Moll. *l. 3. ſemeſtr. c. 9.* Pinell *in l. 1. C. de bonis mat. p. 3. n. 75.* Mynſ. *6. O. 62.* Carpzov. *in J. F. p. 3. C. 9. def. 10.* Modeſtin. Piſtor. *conſ. 2. n. 23.* Hartvvig à Daſſel *in comment. ad Conſuet. Luneb. art. 6. n. 6.* Nobiliſſ. Dn. Hahn. *in aurea diſſert. de J. rer. cond. 73. n. 15.*

Emancipatis liberis qvoad effectum ſucceſſionum rectè æqviparantur filii *monaſterium ingreſſi*; qvia eo ipſo à patria poteſtate liberantur, amittunt civitatem & mundum & tranſeunt in poteſtatem ac obedientiam Abbatis *Gl. in l. ſi & cauſa § pen. ibiq; Dd. ff de min.* Bart. *in auth. Idem C. de bonis qvæ lib.* Bachov. *ad Tr. v. 2. D. 2. th. 6. lit. E.* Hinc qvia pro extraneis illi habentur dicendum videbatur, illos à ſucceſſione & petitione Legitimæ plane excluſos eſſe. Verùm, qvemadmodum Jus civile Emancipatis jura ſuccedendi non ademit, ſed integra, licet diverſo modo, reliqverit, *l. 15. C. de Legit. her. N. 118. c. 4.* ita pariter nec monaſterium ingreſſos jure ſuitatis ſive facultate ſuccedendi ex teſtamento & ab inteſtato, & per conſeqvens nec legitima privavit *l. 56. §. 1. C de Ep. & Cler.* Schneidvv. *ad T. qvib. modis jus patr. pot.* Mantica *de conject. ult. vol. l. 8. T. 12. n. 26.* Matth. de Afflict. *deciſ. 48.* qvod tamen in nonnullis certarum provinciarum monachis fallere notat Fr. de Barty *d. l. 16. T. 1. n. 6.*

Liberi Legitimati triplicis ſunt generis, puta (1.) per ſubſeqvens matrimonium, (2.) per reſcriptum principis, (3.) per oblationem curiæ: qvanqvam Legitimationum illa potiſſima eſt, qva liberi na-

Digitized by Google

turales tantùm, à ſolutis perſonis inter qvas J. Civ. matrimonium prohibitum non erat, ſuſcepti & nati, per matrimonium ſubſeqvens ad omnes juris effectus legitimantur & legitimis perſonis prorſus æqviparantur *c. tanta X. qvi filii ſint legitimi l. cum qvis C. de nat. lib. l. nuper C. eod. N. 89. c. 8. & N. 18. c. f. N. 12. c. f.* adeò ut matrimonium ſubſeqvens eluat omnem prioris illicitæ commixtionis maculam, Gail l. *2. O. 140. n.* 1. & novus qs. homo gigni videatur Paleoth. *in Tr. de Nothis & Spur. c. 55. n. 6.* Sigism. Finckelth. *D. Feud. 6. quæſt. 13.* qvod in tantum extendunt Doctores, ut etiam hi liberi ita legitimati non purificent hanc Teſtatoris conditionem, *ſi ſine filiis legitimis & naturalibus*, vel *ſi ſine filiis legitimè natis*, aut *in legitimo matrimonio procreatis deceſſero*. Ubald. *Tr. de ſucc. ab inteſt. p. 1. n. 65.* Mantica *de conject. ult. v. l.* 11. *T. 12.* Simon de Prætis *de Interpr. ult. vol. l. 3. art. 3 dub. 2.* Honded. *conſ. 72. n. 24.* Laderch. *conſil. 24. per tot.* Merlin. *de Legit. l. 2. T. 2. q. 7.* Et verò cum hi Legitimati legitimè natorum jura conſeqvantur *N. 74. in præfat.* & ſimili cum illis fortuna fruantur *l. 10. in f. C. de nat. lib. N. 89. c. 8.* ſua ſponte ſeqvitur, qvod patri ſint ſui heredes *arg. §. 1. J. de her. qual. & differ.* & jus ſuccedendi ex Teſtamento & ab inteſtato habeant *N. 12. c f. N. 89. c. 8. in pr.* item qvod prætorito teſtamentum nullum reddant *N. 12. c. f. N. 74. in præf. junct. l. 17. ff. de inoff. rupt. & irrit.* Bach. *ad Tr. v. 2. D. 16. th. 2. lit. B.* ac qvod exheredati qverelam inofficioſi habeant §. 1. *J. qvib. mod. Teſt. inf.* Bart. *in l. certum ff. de iniuſt. rupt.* Roſell. *Tr. de Legit. l. 2. c. f. n. 220.* ex qvibus omnibus tandem fluit, iisdem qvoqve Legitimam deberi, qvia ejus fundamena ut ſunt ſucceſſio & jus qverelæ inoff. hîc manifeſtò deprehenduntur. Idem qvoqve effectus tribuitur alteri Legitimationi qvæ contingit per reſcriptum Principis *d. N. 74. c. 1. in pr. & N. 89. c. 9. verb. nihil à legitimis filiis differentes, it. c. 8. &* 11. Jaſon *in auth. Noviſſ. n.* 14. *C. de inoff. Teſt.* Conceſſis enim Legitimatis his Legitimæ fundamentis, Legitimam ipſam iisdem deberi, in confeſſo eſt; qvam ſen. tenet *Gl. in auth. ſi qva mulier, ibiq; Salic. C. de SS. Eccleſ.* Cuch. *Tr. de Legit fol. m. 5.* Cravett. *conſil. 405. n.* 14. Menoch. *conſ. 164. n. 35.* Honded. *conſil. 89.* Merlinus *de Legit. l. 1. T. 2. quæſt. 8. 9.* Nec diverſum de J. noſtro Civili obtinet in Legitimatis per oblationem Curiæ *per N. 89. c. 2.* uti etiam in terminis tenet Ant. Roſell. *d. Tr.*

Tr. l. 3. n. 2. 3. cum tamen hodie illa legitimationis ſpecies in deſvetudinem abierit, Exc. Dn. Hahn. *ad VVeſ. T. de hü qui ſui vel al. iur* nec in ejus locum oblatio monaſterio, ex veroſimiliori Dd. ſententia, ſucceſſerit, Bach. *ad Tr. v. 1. D. 2. th. 6. lit. E.* de talium legitimatorum liberorum Legitima fruſtra operoſa inſtituetur diſceptatio.

Rectâ itaqve pergimus ad reliqvos deſcendentes: & qvoniam hactenus vidimus de liberis Legitimis, diſpiciendum reſtat, qvid obtineat *de Illegitimis.* Sunt autem tales vel ſecundum qvid, vel ſimpliciter. *Secundum qvid illegitimi* ſunt, qvi in ſpecie appellantur *Naturales*; id eſt, ex Concubina unica, ſoluta, domi retenta & cum qva nuptiæ tempore conjunctionis conſiſtere poterant, ſuſcepti & prognati, Heig. *de ſucceſſ. 6. 5. ſub* 1. *ordin. n. 100.* Referimus autem hos una cum Magnif. Dn. Frantzkio in elegantiſſimo ejusdem, nondum tamen qvod ſciamus in publicum emiſſo Commentario *ad J. T. de ſucceſſ. ab inteſt. c. 7.* ad illegitimos ſecundum qvid, ea ratione, qvia Concubinatus (qvem juri naturali aut divino veteri non contrariari perſvaſum habemus) Jure Civili aut Canonico ſimpliciter prohibitus eſſe non videtur *l. 1. ff. & C. de Concub. & nat. lib. it. N. 14. c. 5. N. 74. & 98. c. 4. & 5. diſt. 34.* Qvod autem Conr. Rittersh. *l. 2. de diff. J. Civ. & Can. c. 15.* contendit, Concubinatum J. Civili tolerari, non autem permitti, id vel *ex l. 3. ff. de Concub.* ubi Concubinatus per leges nomen aſſumſiſſe & extra legis pœnam eſſe dicitur, nec non per *l. 5. C. ad SC. Orfic.* ubi licita appellatur conſvetudo, ſatis refellitur, vide Exc. Dn. Hahn. *ad Tit. de Concub. n. 3.* Et qvidem Jure noſtro Civili id minus dubii habet, qvoniam illo Concubina cum legitima uxore in plerisqve convenit, in paucis tantum differt, de qvibus Paul. *2. ſent. Tit. 20. l. 4. ff. h. t. l. 31. ff. de donat. l. 49. §. parvi a ff. de Leg. 3.* qvorum reſpectu liberi ex illa ſuſcepti ad illegitimorum claſſem non immeritò referuntur. Prout autem horum naturalium eſt alia atqve alia ſuccedendi ratio ita & Legitimæ eorundem diverſitas exſurgit. Et qvidem qvod attinet bona paterna, qvia naturales ab ipſa nativitate in patria poteſtate non exiſtunt, ſed per ſubſeqvens matrimonium demum in eam rediguntur, ſanè nullum jus ſucceſſionis ex Teſtamento filii naturales in iis prætendere poſſunt, qvia deficit

deficit ſucceſſionis fundamentum, ſuitas, *pr. J. de Exhor.* & § 2. *J. de her. qual. & diff.* adeoqve per conſeqvens nulla iisdem à patre debetur legitima, uti in terminis tenet *Gl. in l. 1. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Vasq. *l. 1. de ſucc. creat. §. 4. n 55. & 17.* Pereg. in. *de Fideic. art. 36. n. 40.* Dom. Cardin. Tuſch. *tom. 5. pract. concl. lit. L. concl. 182. n. 34.* Qvicqvid itaqve pater hiſce liberis relinqvit in Teſtamento, non ex neceſſitate, ſed ex mera liberalitate proficiſci dicendum eſt; qvanqvam eadem inſtituendi ratio patris arbitrio non relicta, ſed limitata & præſertim liberis legitimis aut Legitima uxore exiſtentibus, usqve ad unam ſaltem unciam reſtricta ac coarctata eſt *§. conſideremus in auth. de Triente & Semiſſe & in §. diſcretis in auth. Qvibus modis nat. effic. ſui: auth. Licet C. de nat. lib.* Ludovic. de Sardis *in Tr. de Nat. lib. p. 3. T. de ſucceſſ. nat. n. 1.* Secus autem eſt qvoad bona materna, in qvibus Naturales matri ſuccedunt ex teſtamento & ab inteſtato, idqve indiſtincte ſive liberi legitimi concurrant ſ. non *l. ſi qva C. ad SC. Orfic.* Lud. de Sard. *d. Tr. n. 1. 2. & 3.* Natta *conſ. 412. col. 3.* neqve intereſt utrum mater plebeja ſit an illuſtris, Cujac. *in N. 18.* Franciſc. de Barry *de ſucceſſ. teſt. ac inteſt. l. 16. T. 1.* Ratio diverſitatis eſt, qvod hic nec ſuitatis nec familiæ aut agnationis conſideratio ulla ſubſit, unde omnium liberorum parilis eſt conditio: ex qvibus ſua ſponte fluit, qvod hi naturales à matre præteriti contra ejus Teſtam. movere poſſint qverelam inofficioſi *l. 29. §. 1 ff. de inoff. teſt.* qvo poſito, Legitimam iisdem qvoqve deberi liqvidò apparet, uti etiam docet Gl. eamqve ſecuti Dd. *in §. noviſſime J. de SC. Orfic.* Matheſilanus *de ſucc. ab inteſt. in 2. membr. n. 3.* Peregrin. *de fideic. art. 36. n. 40.*

Liberos *illegitimos, ſecundum qvid,* excipiunt *illegitimi ſimpliciter:* cujusmodi ſunt ex fornicatione aut omni ea conjunctione qvæ nec uxoria nec concubinaria eſt, ſuſcepti; eaqve vel *ſimplex* eſt vel *gravior.* *Simplex Fornicatio* eſt conjunctio legibus qvidem improbata, ſed nulla certa pœna coercita; qvalis eſt, ſi qvis cum ſoluta muliere eaqve vel meretrice qvæ ſe omnibus proſtituit, vel qvæ qvidem non cuivis corpus ſuum vulgat, cujus tamen conſvetudo propter vilitatem generis & conditionis Legibus vindicari non ſolet; qvales ſunt ancillæ, viduæ vel virgines humilis conditionis *l. 39. C. ad L. Jul. de adult.* Ex priori commixtione ſuſcepti in ſpecie dicuntur

Spurii,

Spurii, qvod qvi ex diverſo ſemine ſati patrem non habeant certum, ſed qs. ex hominum colluvione geniti, παρὰ τὸ σπείρειν, id eſt ſparſim concepti ſint, dicti fuere, *§. 11. J. de nupt. & l. 23. de ſtatu hom.* Ex poſteriori commixtione natos *vulgò qvæſitos* appellamus, Magnif. Dn. Frantzk *d. comm. ad J. de ſucceſſ. ab inteſt. c. 8.* Hos autem patri in Teſtamento, ſicuti naturales tantùm, nulla incumbit inſtituendi neceſſitas, adeoqve nulla qværelæ aut Legitimæ conſideratio in illis haberi poteſt, per ſupr. alleg. *conf. §. pen. in auth. qvib. mod. nat. eff. ſui & auth. ex complexu C. de inceſt. nupt.* Paleoth. *Tr. de Nothis & Spur. c. 54.* Cardin. Tuſch. *Tom. 4. concl.* 11. Menoch. *de præſumt. l. 4. præſ. 69.* Secus iterum obtinet in bonis maternis, qvia ſpurii in his indiſtincte ſuccedunt, nec mater eos citra periculum annullationis præterire aut non rite exheredare poteſt *§. noviſſime J. ad SC. Orfic.* ibiqve Dd. *l. 2. ff. unde Cognati.* E. Legitimam qvoqve iisdem relinqvere mater obligata eſt. Excipitur tamen mater illuſtris filios habens legitimos *l. 5. C. ad SC. Orfic.* Franciſc. de Barry *Tr. de ſucceſſ. Teſt. ac inteſt. l. 16. T. 1.*

Liberi *ex graviori fornicatione* ſ. damnato coitu ut adulterio vel inceſtu prognati, nullum ſucceſſionis jus nec in patre nec in matre qvæſitum habent, ſive qværas de ſucceſſione ex Teſtam. ſive ab inteſtato *N. 12. c. 14. l. 6. C. de inceſt. N.* Valent. Forſt. *de ſucceſſ. ab inteſt. c. ult. n. 1. & 2.* Et tantum abeſt ut Lex ejusmodi liberis Legitimam porrigi voluerit, ut etiam alimenta iisdem denegarit, *N. 89. c. ult. auth. ex complexu C. de inceſt. nupt.* qvod tamen Jur. Canon. mitigatum vulgò Dd. tradunt *arg. c. cum haberet x. de eo qvi dux matr.* qvanqvam illud c. forte aliò pertinet, ut obſervat Paleoth. *Tr. de Noth. c. 46. n. 4.* & Magnif. Dn. Fr. *prælaudato comment.* nec non excell. Dn. Ludvvell. *in comm. ad π. VVeſemb. T. de agnoſc. & al. lib. n. 4.*

Hactenus de Liberis veris: ſeqvuntur *Ficti*, cujusmodi ſunt qvi per adoptionem vel per arrogationem in locum liberorum verorum aſſumuntur & cooptantur. Et qvod attinet *adoptatos*, diſtingvendum eſt inter adoptionem ab aſcendentium aliqvo & ab extraneo factam; qvarum hæc, qvia jura patriæ poteſtatis non diſſolvi, & in adoptantis bonis nihil præter jus ſucceſſionis ab inteſtato tri-

bona temporalia ; qvibus præſuppoſitis , omnis de Legitima qvæſtio ceſſat , confer Georg. Acac. Enenk. *de privil. par. in proleg. n. 93.*

Abſolvimus qvæ de Legitima *deſcendentium primi gradus* in disqviſitionem venire poterant : reſtat ut de Legitima *deſcendentium ſecundi gradus* nonnihil qvoqve diſſeramus ; qvibus nullos niſi nepotes & neptes indigitamus , his enim Legitimam etiam deberi , præſertim eo caſu , qvo vivo avo ſuccedunt in defuncti ſui parentis locum , dubitare nos vetant varii juris textus : & primo loco producimus textum ſatis clarum ex *N. 118. c. 1. verb. qvantum eorum pater ſi viveret hab. N 1. præfat verb. tanqvam ſecundum ipſam naturam.* (2.) *l. 34. C. de inoff. teſtam. verb. eadem iura nepoti dare qvæ fil. hab.* (3.) *l. 8. §. 8. ff. de inoff. teſtam. & l. 30. §. 2. C. eod. verb. filiis aliisq́; perſonis , ibiq́; Gl.* Ex qvibus txx. liqvidò apparet , idem jus ſuccedendi tam ex teſtam. qvam ab inteſt. tribui nepotibus qvod liberis primi gr. adeoqve ut hi ſunt nominatim inſtituendi vel exheredandi , ita etiam nepotes , ſin ; Teſtamentum erit nullum *l. 2. C. de poſthum. her. inſt.* Mangil. *Tr. de Imput. & detract. q. 20. n. 17. & §. poſthumorum J. de Exher. lib.* Qvibus præſuppoſitis de Legitima Nepotum res in vado eſt. Et qvamvis huic ſententiæ contraria negativa magis arrideat Menochio *l. 6. præſumt. 189. n. 15.* priorem tamen ut ſolidis juris fundamentis nixam haut inferioris auctoritatis Dd. amplecti non dubitarunt , ut ex priſcis Bald. Salic. *in l. 2. C. de lib. præter.* Bart. *in l. 1. §. ſi ſit nepos ff. de Collat. dot.* ex recentioribus Card. Tuſch. *Tom. 7. concl. pract. 861. n. 5. & tom. 5. concl. 182. lit. L.* Cravett. *conſ. 964. n. 32.* Mareſcot. *variar. reſol. l. 2. c. 105. n. 48.* M. Ant. Cuch. *Tr. de Legit. p. m. 49.* Hartm. Hartm. *l. 2. T. 43. O. 4. n. 7. & ſeq.* Merling *de Legit. l. 1. T. 2. q. 10. per tot.* Et dicta de Legitima Nepotum adeo vera eſſe exiſtimamus , ut eandem illis qvoqve ex avi materni bonis deberi cenſeamus , eo qvidem caſu qvo vel mater hereditati paternæ renunciavit , vel congruè ſibi collata dote ſe contentam fore , nihilqve amplius in bonis paternis ſe prætendere velle , cum aut ſine juramento in renunciando promiſit ; & deinde ante patris obitum vitam cum morte commutavit ; per fundamenta non contemnenda , à Bartholdo Kellenbenz *in Tr. de renunc. ſucceſſ.* in difficili hac ſed ſatis eleganti qvæſtione fideliter congeſta , *qvæſt. 33. per tot.* qvò brevitatis gratia nos remittimus : qvibus conjungi merentur Dauth. *in c. qvamvis x. de pact. in 6. n. 44. & ſeqq.*

ſeqq. Schurff. conſ. 74. per tot. vol. 1. Vivius dec. 211. Fachin. 3. controverſ. c. 23. Hartm. Piſt. p. 4. quæſt. 7. per tot. Dan. Mevius ad Jus Lubecenſe p. 2. T. 2. art. 33. Erneſt. Cothman. conſ. 13. 25. vol. 3.

CAP. II.
Sectio Secunda.
De
Legitima Aſcendentium.

APHORISM. I.

QVemadmodum in ordine ſucceſſionis ab inteſtato poſt deſcendentes proximum ſibi locum vendicant aſcendentes; ita etiam in petitione Legitimæ, qvippe qvæ ex eodem fonte qvo deſcendentium portio profluit *per clariſſ. tx. N. 1. in præfat.* licet præpoſterè & gradu paulò remiſſiori *l. ſcripto §. 1. ff. unde liberi.* qvamvis enim ſummus geniti & gignentis ſit amor, & liberi qvoqve ament parentes ſuos qvaſi ex illis qvippiam ſint, majorem tamen à qvo aliqvid eſt cum genito neceſſitudinis habet connexionem, qvàm qvod factum, cum eo qvi fecit; proprium enim ei à qvo oritur, qvippiam eſt id, qvod ex ipſo oritur, ut philoſophatur Ariſtoteles *8. Ethl 14.* unde illam ſuccedendi rationem, qvam deſcendentes uſurpant non tantùm ipſa priori loco ponit natura, ſed & commune parentum votum *l. 7. §. 1. ff. unde liberi.* Et hæc ratio eſt qvare aſcendentium ſucceſſio *ordo mortalitatis ac ſucceſſionis turbatus* vocetur *in l. 15. ff. de inoff. teſt.* luctuoſa ac triſtis ſucceſſio *l. 28. C. eod.* & duræ fortunæ ſolatium *l. 4. C. ad SC. Tertull.* Item qvod miſerationis ratione parentes ad bona liberorum admittantur *d. l. 7. unde lib.* qvo ſenſu *in abſtracto* ita conſiderata hereditas, magis debetur filio, qvàm patri, juxta *d. l. ſcripto.* qvanqvam in *concreto*, & habito reſpectu caſus qvo pater ſupervivit filio eadem ratione debetur patri Legitima qva filio *d. N. 1. in præf.* Anton. Rubeus *Tr. de inoff teſtam. c. 2. n. 26.* Anton. Fab. *in C. l. 3. T. 19. def. 16. n. 6.* Joachim. à Beuſt. *Tr. de matrim. c. 67.* Hartm. Hartmann. *l. 2. T. 43. n. 1.* qvamvis illa à deſcendentium Legitima in aliqvibus differre videri qveat, de qvibus Peregrin. *de Fideicomm. art. 49. n. 44.*

Digitized by Google

n. 44. & Merlinus *de Legit. l. 1. T. 2. q. 12. n. 13.* Cl. Chiflet. *de port. Legit. c. 10.*

Aſcendentium verò appellatione comprehendimus omnes qvi in linea recta, qvâ ſurſum tendit, conſtituti ſunt *l. 51. ff. de V. S.*

Singulis autem deſcendentium ſpeciebus ſupra relatis ſingulæ aſcendentium qvoqve ſpecies reſpondent ex natura correlativorum, Schneidvv. *de ſecundo ordin. ſucc. n. 6.* qvodqve ipſa jura ſucceſſionis ſint correlativa & reciproca *arg. l. pen. & ult. C. de Legit. her.* Unde de ſingulis aſcendentibus ſeparatim hoc loco agere ſuperſedemus, & poteſt de horum omnium legitima dijudicari ex portione correlativorum, qvia horum idem eſt judicium & eadem diſciplina & de uno diſpoſitum trahitur ad alterum *l. fin. ff. de acceptil. l. fin. C. de indict. vid. toll.* Bellacomb. *Tom. 1. Comm. op. l. 1. T. 17. de Leg. n. 57.* Card. Tuſch. *pract. concl. Tom. 2. concl. 1041. lit. C.* unde etiam eſt, qvod Legitima aſcendentium non tantum æqvè favorabilis exiſtat, ac Legitima liberorum, Anton. Faber. *in C. l. 3. T. 19. def. 16. n. 6.* ſed & iisdem regulis, qvibus Legitima liberorum, gubernetur, Harm. Hartmann. *l. 2. T. 43 O. 6. n. 11.* Qvin valere argumentum â Legitima deſcendentium ad Legitim. aſcendentium docet Vasqvius *de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 10. num. 284.* niſi manifeſta utriusqve à jure introducta ſit differentia, Mercur. Merlin. *de Legit. lib. 1. T. 2. q. 12.* Eo tamen ordine ad Legitimam aſcendentes admittuntur, qvo ordine ad ſucceſſionem vocantur Fr. de Barry *d. l. 16. T. 1. n. 13.* Salva gradus prærogativa, qvia jus repræſentationis in hac linea locum proprie non invenit, & ſemper proximior excludit remotiorem *auth. defuncto C. ad Sc. Tertull. N. 118. c. 2*

Cap. II.

Sectio Tertia

De

Legitima Collateralium.

Aphorism. I.

Succeſſio ab inteſtato Collateralibus in ſecundo qvidem gradu conſtitutis non eo modo qvo deſcendentibus & aſcendentibus à

natura deſtinata eſt, qvia non eſt tanta fratrum ac ſororum ad invicem cognatio; namqve fratres & ſorores ſe mutuo amore proſeqvuntur; non qvaſi alter alterum ex ſe qviddam eſſe exiſtimet, uti de parentibus & liberis loqvitur Ariſtoteles, ſed qvod omnes communem ortum ex una radice trahant, eundemqve ſangvinem participent Ariſtoteles *8. Eth. 14.* Et qvamvis natura eò qvidem inclinet, ut ſicubi qvis horum nullam voluntatis ſuæ expreſſam diſpoſitionem reliqverit, ex tacita & præſumta ejusdem voluntate ad proximos agnatos & cognatos bona defuncti devolvantur, tamen hîc nulla ſubeſt præciſa J. Nat. diſpoſitio, aut neceſſitas qvæ fratri aut ſorori facultatem de bonis aliter diſponendi & vel excludendi proximos, & Extraneos ſolos inſtituendi poteſtatem Teſtatori adimat, Grotius *de J. B. ac P. l. 2 c. 7.* Secus qvam in deſcendentibus atqve aſcendentibus, qvos natura vocat ad ſucceſſionem Teſtati ac inteſt. licet modum ſuccedendi diſpoſitioni J. Civ. reliqverit, unde ab illarum ſucceſſione neutra ſine læſione J. Nat illæ perſonæ in totum excludi poterunt. Cæterùm collaterales Natura qvidem ad ſucceſſionem vocat, ſed gradu longè remiſſiori atqve ſuperiores, imò tantùm ſub conditione ſi alii inſtituti non fuerint, Excell. Dn. Hahn. *ad VVeſ. de inoff. teſtam. n. 6.* Omnis itaqve ex Teſtamento ſuccedendi ſpes qvam Collaterales certo caſu habent, non Juri naturæ ſed meræ diſpoſitioni J. Civilis erit accepta ferenda §. 1. *J. de inoff. verb. ex ſacris conſtitut. prælati ſunt, l. 21. & 27. C. de inoffic. Teſtam.* adeoqve per conſeqvens ſuam illi legitimam juri tantùm civili debent, ut patet ex clariſſ. tx. *N 1. pr. v. interdum etiam fratr.* Martin Coler. *de Alim l. 2. c. 9. n. 4.* Et qvanqvam expreſſa legis diſpoſitio hîc deficeret, tamen ex qvo Legitima eſt introducta ad excluſionem qverelæ inofficioſi *§. ult. J. de inoff. l. 8. §. 8. ff. eod. l. pen. in pr. C. de Collat.* utiqve à qverela inofficioſi & negativè & affirmativè ad Legitimam valet conſeqventia; id eſt, cuicunqve competit qverela, eidem & legitima, & cui denegatur qverela, eidem qvòqve deneganda eſt Legitima, Bartol. Bald. Caſtrenſis & alii *ad L. Gallus ff. de Lib. & poſthum.* Conr. Rittersh. *ad N. p. 6. c. 4. n. 1.* Unde etiam eſt, qvod nullis aliis collateralibus qvam fratribus ac ſororibus iisqve germanis ac conſangvineis de jure competat Legitima, qvia qverela inofficioſi his tantùm

per-

perſonis in linea collat. conceſſa eſt *l. 21. C. de inoff. Teſt. l. 1. ff. eod.* §. 1. *l. de inoff. l. 27. C. de inoff. teſtam.* qvæ Lex ratione uterinorum non eſt immutata *por N. 118. c. 3* ſecus atq; exiſtimat Suthelt. *D. 9. th. 83.* vide Magnif. Dn. Frantzk. *Comm. ad π. de inoff. Teſt. n. 29.* Unde patet, non dari qvoqve Legitimam Fratrum & Sororum liberis aut aliis Cognatis *arg. l. 1. ff. de inoff* qvippe qvi petentes inanibus ſe vexant ſumtibus, cum obtinendi ſpem non habeant, ut loqvitur Ulp. *d. l. 1. conf. l. poſthum. § ſi qvid ex his ff. de inoff.* Hieron. Pantzſchman. *l. 2. quæſt. 21. n. 7.* Berlich. *p. 3. concl.* 11. *n.* 14.

Illi autem fratres & ſorores hîc Intelliguntur, qvi ſunt Legitimi, non verò qvi ſunt naturales, ſpurii aut ex damnato coitu nati, qvia illis denegatur qverela, cum non habeant jura agnationis à Lege reqviſita Bald. *in §. noviſ. I. de SC. Orfic.* Cravett. *conſ.* 138. *num.* 11. Vaſq. *de ſucc. T. de Teſtator. pot.* Graſſ. *de Legit. q. 6.* Franc. de Barry *d. l. 16. n. 14.* Ejusdem gregis ſunt fratres propria turpitudine & macula contaminati, qvi in fratris Teſtamento, qvo turpis perſona inſtituta eſt, nullum Legitimæ jus prætendere qveunt, Jaſon *in l. Fratres C. de inoff. Teſt.* Cuch. *in præfat. Tr. de Legit.* Legitimis tamen accenſentur Legitimati, non tantùm per ſubſeqvens matrimonium, qvod expediti juris eſt, ſed & per reſcriptum Principis *arg. N. 74. c. 1. & 2. & N. 89. num. 9.* M. Ant. Peregr. *de Fideic. art 23. n. 27.* qvod tamen non incongruè ita reſtringit Honded. *conſ. 47. n. 28 l. 2.* ſi Legitimatio Pr. fuerit ampliſſima.

An autem Fratrum Legitimorum appellatione hoc caſu veniant Fratres Ficti, Aſcititii ſive Jurati, de eo videantur Beſold. *in Theſaur. pract. v.* Brüderſchafft *n 78. in f.* Berlich. *p. 3. concl.* 11. *n. 13. à quibus ex parte diſſentit Nobiliſſ. Dn.* Struve, *Fautor & Patron. obſervand. Ex.* 10 *th.* 11.

Solida autem & adæqvata ratio qvæ legem ad tribuendam his perſonis Legitimam movit, eſt turpis perſonæ inſtitutio & cum illa concurrens Legitimorum fratrum vel ſororum præteritio & excluſio, nam odium turpis perſonæ non eſt totalis cauſa inſtitutionis, qvia aliàs ſeqveretur, Legitimâ Fratri relictâ, turpis perſonæ inſtitutionem nullam eſſe, qvod tamen falſum eſt, cum Legitima hoc caſu excludat qverelam, adeoq; Teſtam. in ſuo vigore relinqvat *§. 3. & ultim.*

Digitized by Google

tiori, qvæ illud effugiunt. Res qvæ illud ingrediuntur ſunt omnes qvæ vel (1.) in ſubſtantia defuncti tempore mortis Teſtatoris actu exiſtunt, vel (2.) ex illa ad heredem mediante diſpoſitione Teſtatoris vel inter vivos pervenerunt, aut per ult. voluntatem perventura ſunt, vel deniqve ex mera legis diſpoſitione in Legitimam imputari juſſa ſunt. De ſingulis ordine. Legitimam deduci ex univerſa defuncti ſubſtantia, patet ex *l. ſcimus §. repletionem C. de inoff. Teſtam. N. 18. §. 1. auth. noviſſima C. de inoff. Teſtam. N. 1. §. primum itaq;.* Et qvidem fundatur præterea hæc noſtra aſſertio in ſupra dictis, qvando Legitimam qvotam portionis ab inteſtato conſtituimus, *per l. cum qværitur C. de inoff. Teſtam. & N. 1. c. 1.* Qvemadmodum autem ſucceſſio inteſtati complectitur univerſam defuncti ſubſtantiam; ſubſtantiæ autem vocabulo veniunt omnia defuncti bona, id eſt, non ſolùm corpora ſed & jura nomina atqve actiones *l. in Teſtam. C. de Teſtam. auth. de J. Jur. à mor. præſt. §. 1. & arg. l. cogi pr. ff. ad SC. Trebell. l. fin. C. de V. S. inf.* Chiflet. *de port. Legit. c. 12.* Cacheran. *Deciſ. Pedemont. 148. n. ult.* Valaſc. *prax. partit. c. 19. n. 1.* ita Legitima qvoqve non poteſt non ex ejusmodi univerſa defuncti ſubſtantia deduci, qvia ſucceſſionis naturam ſeqvitur & in omnibus ab ea regulatur, Menoch. *conſ. 153. n. 18. l. 2.* Cravett. *conſ. 966. n. 2 l. 5.* Hiſce præſuppoſitis, cum defuncti ſubſtantia multas ſub ſe res particulares comprehendat, patet, ex ſingulis illis Legitimam deduci poſſe *l. libertus ff. de bon. libert. & l. 2. verb. vindicando C. qvibus & qvando qvarta pars lib. 10.* qvomodo Socius in qvalibet re Societatis jus fundatum habet Chiflet. *de Port. Legit. c. 11.* Fabian. de Giochis *in auth. Noviſſ. C. de inoff. teſt. n. 149.* Angel. de Gambiglion. *Tr. de Teſtam. concl. 75. n. 5.* Ex qvibus porrò inferunt Doctores, qvod patri in certis qvibusdam corporibus Legitimam aſſignandi facultas haut integra ſit, & qvod nec filius Legitimam in certa re aſſignatam acceptare teneatur Bart. Bald. & Immola *in l. ſuus qvoq; ff. de her. inſt.* Matth. de Afflict. *deciſ. 162. n. 2.* Octav. Cacheran. *Deciſ. Pedemont. 148. n. ult.* qvod tamen recte Alvar. Valaſcus *in Praxi Partit. & Collat. c. 19. n. 16.* reſtringit ad eum caſum, qvo filius patris animum erga ſe alieniorem, ſeqve in aſſignatione læſum probare poſſet, qvia ceſſat præſumtio qvæ pro patris favore militabat, & cujus intuitu aliàs ſtandum erat patris arbitrio

bitrio *l. 8. C. de inoff. teſtam.* qvia nemo melius conſilium pro liberis capit qvam pater *l. nec in ea ff. ad L. Jul. de adult. & l. Aurelius §. Titius ff. de Liberat. legat.*

Anteqvam de rebus in Legitimam imputandis agere aggrediamur, prius delibanda eſt Imputationis & Collationis differentia: ut ut enim Imputatio cum collatione magnam habeat affinitatem, adeò ut nihil imputetur, qvod non conferatur *l. illud in pr. C. de Collat.* qvia collatio imputatione ſuperior; videatur omnino Maretus *de Qvartis c. 16. n. 4.* tamen viceverſa non omnia qvæ conferuntur continuò imputantur *l. pen. C. de Collat.* cujus rationem elegantem ex Bal. do nobis ſuppeditat Jaſon *ad d. l. pen.* qvia Legitima deducenda eſt ex bonis patris defuncti *l. in quartam ff. ad L. Falc.* Collatio autem fit in bonis filii propriis *l. 1. C. de Collat.*

Cæterùm imputatio qvoq; fieri tantum poteſt in rebus qvæ ex ſubſtantia defuncti profectæ ſunt, idqve vel inde colligere licet, qvia imputatio omnis ideo inſtituitur ut repleatur Legitima: repleri autem neqvit, niſi ex defuncti ſubſtantia *l. ſcimus §. repletionem C. de inoff. teſt.* Cl. Chiflet. *de Port. Legit. c. 14.* Cum autem ut dictum ex ſubſtantia defuncti res ad heredem deveniunt vel citra legis diſpoſitionem vel cum legis diſpoſitione: Et illo modo vel inter vivos vel per ult. voluntatem; de hoc prius videbimus.

Et qvidem per ultimam vol. res ad heredem proficiſcitur vel purè vel ſub conditione. Purè relicta imputantur qvocunqve etiam Titulo capiantur, ſive tit. inſtitutionis, Legati Fideicomm. vel etiam in vim modi *l. omnimodo l. ſcimus in pr. C. de inoff. l. etiamſi debita portio ff. de bon. libert. l. in quartam ff. ad L. Falc.* ubi hi tituli omnes in Trebell. imputantur, E. magis in Legitimam, in qvam plura imputantur *l. quoniam C. de inoff. teſtam. junct. l. pater filium ad L. Falc.* uti colligit Maret. *de Qvartis c. 16. n. 2.* præſuppoſito tamen hoc qvod hi omnes Tituli particulares rem ex ſubſtantia defuncti adjudicent *d. l. ſcimus*, qvia qvod extra ſubſtantiam alicui obvenit, imputationis expers eſt, Mantica *de coniect. ult. vol. lib. 10. T. 2. n. 6.* Vasq. *de ſucc. l. 3. § 30 n. 24.* Dicta tamen qvanqvam multis modis ampliant & extendunt Dd. tamen eadem ſuas etiam admittunt fallentias, de qvibus

bus videri poſſunt Peregrin. *de Fideic. art. 36. n. 121.* & Alex. Trentacinq. *l. 2. reſol. T. de Legit. reſ. 5. n. 12. & ſeq.*

Relicta conditionis implendæ cauſa imputationem eſſ giunt, *arg. l. ſcimus 36. §. repletionem C. de inoff. Teſtam.* qvia ut ut datum conditionis impl. cauſa aliqvando ex ſubſtantia paterna profectum ſit, *l. etiam §. ſi patrono ff. de bonis lib.* non tamen imputabitur in Legitimam, qvia deductio Legitimæ, qvæ ipſo jure fit *d. l. ſcimus* etiam ab ipſo die mortis prævenit implementum conditionis, cum Legitima non admittat temporis interſtitium, nec à tertii poteſtate pendere ejus ſolutionem, æqvum videtur, qvemadmodum ea qvæ conditionis implendæ cauſa danrur, pendere ſolent *l. ſi qvis ſub condit. ff. ſi qvis omiſſ. cauſa Teſtam.* Peregrin. *de Fideic. art. 36. n. 112.* Neq; obſtat qvod *in d. l. ſcimus,* ad imputationem reqviratur præciſè proveniſſe ex ſubſtantia Teſtatoris, datum autem condit. implendæ cauſa ſit tale; nam Reſp. ut ut repletio Legitimæ fiat ex ſubſtantia patris, tamen non qvæcunqve repletio ſufficiet, ſed qvæ qvidem ſit ex ſubſtantia patris, & ſimul non ex aliis cauſis, qvæ duo conjunctim reqviruntur *in d. l. ſcimus.* qvorum poſtremum hoc loco deeſt, qvia datur conditionis implendæ cauſa, Cuch. *Tr. de Legit. T. utrum data cauſa condit. impl.* Fernandus Vasqvius *de ſucceſſ. creat. l. 3. §. 30. n. 247.* Fr. de Bary *lib. 16. T. 4. n. 11.*

Qvod attinet res imputandas, qvæ provenerunt ex ſubſtantia defuncti per actum inter vivos, ſunt illæ vel datæ ſimpliciter, vel donatæ. Illæ Legitimæ imputantur ſive Legitimam adæqvent, ſive non, Peregr. *de Fideicom. art. 36. n. 125.* Graſſ. *§. Legit. qvæſt. 23. 26.* Menoch. *conſ. 154. l. 2.* ad illas autem non incommodè primo loco referri poteſt Feudum; facta tamen diſtinctione, inter Feudum novum & antiqvum: nam qvod antiqvum attinet, dummodo non ſit hereditarium, ſed ex pacto & providentia, cum non ex ſubſtantia paterna profectum, ſed potius ex pacto anteceſſorum qvæſitum ſit, in Legitimam filii imputari non debere expeditum eſt *arg. l. omnimodo §. imput. l. 32. C. de inoff. Teſtam.* Hartm. Piſt. *p. 2. qvæſt. 38. n. 2.* Mozzius *de Nat. Feud. n. 107.* Gail. *2. obſ. 154. n. 15.* Secus eſt in Feudo antiqvo hereditario, qvod cum jure hereditario capiatur & qvalitatem hereditariam participet, Cravett. *conſ. 197. n. 5. inf.* illud in Legitimam

imputari, validè conſeqvitur, Schraderus *de Feud. p. 8. c. 5. n. 45.* Merlinus *de Legit. l. 2. T. 1. q. 6.* Fach. *4. controv. 22.* Qvod ſi Feudum ſit novum, ſive hereditarium ſive ex pacto & providentiæ, in Legitimam illud imputandum eſſe communis eſt Doctorum ſententia, teſtibus Trentacinq. *lib. 1. reſol. Tit. de Legit. reſol. 5. n. 4.* Thomingio *deciſ. 2. n. 17. & 28.* Hartm. Piſtor. *p. 2. quæſt. 38. n. 5. & 6.* Vult. *de feud. c. 9. n. 241.* & Gail. *2. Obſ. 154.* Rationes dant ſeqventes, qvia omnia, qvæ occaſione patris conceduntur, qvale hoc feudum eſſe nemo dubitat, Legitimæ imputantur *l. 18. C. de fam. erciſc.* Salyc. *in l. omnimodo 5. imputari C. de inoff. Teſtam.* Item qvod feudum hoc ex patris contractu qvæſitum peculii qvodammodo profectitii naturam obtineat, qvod rebus imputandis connumerari expeditum eſt *per l. 5. ff. de J. dot.* tum deniqve qvod feudum novum ſit genus qvoddam militiæ, qvam itidem imputari, explorati juris eſt *l. omnimodo C. de inoff. Teſtam.* qvomodo etiam reſponſum eſt apud Lipſienſes in Cauſa Henrici à Cunsbach *Menſ. Dec. 1627.* teſte Dn. Carpzov. *p. 3. C. 10. def. 8.*

Secundò illuc revocantur ea qvæ per diviſionem à vivo patre factam, (reſervatis tamen certis ad diſponendum per ult. voluntatem bonis,) liberis aſſignata legitimæ qvantitatem non aſcendunt Fr. de Barry *d. t. 6. n. 14.*

Tertiò eò pertinent qvæ pater impendit in bona filii adventitia, vel ædificando vel reficiendo, adhibita tamen diſtinctione Marceti *de Quart. c. 16.* inter impenſas neceſſarias & utiles & Bartoli in *Tr. duorum Fratr. q. 5.* inter impenſas reditibus adventitiorum bonorum ſuperiores & inferiores.

Qvartò ſub illum cenſum coguntur mulctæ pro filio condemnato ob delictum citra patris voluntatem commiſſum, ſolutæ; juxta tamen diſtinctionem Bartoli *in l. ſtichus de pec. leg.* & Baldi *in l. ſi filius ff. fam. erciſc.* utrum ſponte pater ſolverit, an coactè; ſecundum qvam Scabini Lipſienſium pronunciare non dubitarunt, teſte Dn. Carpzovio *in J. F. p. 3. C. 11. def. 25.*

Qvintò hujus loci ſunt data filio, non tamen ſuo nomine, ad negociandum & exinde provenientia citra excellentiorem filii induſtriam lucra *arg. l. certum C. fam. erciſc. junct. l. cum oportet ibiq; Gl. de bonis quæ lib. c. per veſtras x. de don. inter vir & ux.* Sichard. *ad l. 23. n. 11. C. fam.*

C. fam. erciſc. Qvod ſi autem acceſſerit filii evidentior induſtria atq; operæ, tametſi res paulò ſit intricatior & inter Doctores non usqve qvaqve deciſa, tamen arridet media Bachovii ſententia relata ad *Tr. vol. 2. D. 17. th. 6. lit. A.* partem acqviſiti hujusmodi lucri pro rata æſtimationis operæ & induſtriæ cenſeri peculii adventitii, adeoqve imputationis expertis: aliter Marct. *de Quart. d. c. 16.* & Fr. de Barry *d. l. 16. t. 6. n. 17.*

Ultimum deniqve exemplum exhibet nobis officium emtum pecuniâ patris filii nomine: hoc enim ſi tale ſit qvod vel vendi vel transmitti poſſit, imputabitur, Peregrin. *de Fideic. art. 36. n. 130.* Fr. de Barry *d. l. n. 18.* qvod etiam verum eſt ratione ejus qvod non tantùm ex officio immediatè ſed vel occaſione & contemplatione officii à patre proficiſcitur Vasq. *de ſucc. l. 3. §. 30. n. 307. arg. l. omnino §. imputari C. de inoff. teſtam.* Ex qvibus etiam dijudicare ex parte licet, qvid ſentiendum de illa qvæſtione, an Præbendæ & beneficia Eccleſiaſtica in Legitimam imputentur? nam hodie cum illa beneficia ad bona vel adventitia vel caſtrenſia vel qvaſi caſtr. commode referri neqveant, ut latè oſtendit Georg. Adam Brunner *Tr. de collat. c. 4. n. 436. & ſeq.* adeoqve ſpeciem bonorum profectitiorum conſtituant, & ad exemplum militiarum translat. ac transmiſſionis capacium *l. 30. §. 2. C. de inoff. Teſtam.* pretio comparari & pro arbitrio ac lubitu poſſeſſoris viciſſim diſtrahi & in alios transferri qveant, reqviſito ſaltem & impetrato ſuperioris Collatoris conſenſu, utiqve illa imputationis oneri non eſſe exemta liqvido apparet, Brunn. *d. c. 4. n. 441.* Accedit, qvod ſi hæc bona, qvæ hodierno ſeculo plerisqve nullius frugi aut uſui exiſtentibus Filiis in neceſſarium vitæ ſubſidium, qvod proprio labore ſibi parare non didicerunt, emuntur, imputationem effugerent, magnam profectò & intolerabilem inæqvalitatem in reliqvis liberis inducerent, cujus tamen evitandæ cauſa in collationem veniunt, qvæ eidem aliàs eximuntur *l. 17. & l. 20. C. de collat. l. ult. C. comm. utriusq; jud. Gl. & Dd. in l. illud C. de collat.* Bald. *conſ. 37. col. 3. v. ad 2.* Brunn. *d. c. 4. n. 462.*

Hactenus de datis ſimpliciter: ſeqvuntur à patre donata. Donatio inter vivos vel ab initio valet irrevocabiliter vel morte tantum confirmatur. Illa non imputatur *arg. l. 20. §. 1. v. illa v. C. de collat.*

Digitized by Google

Mangil. *Tr. de imput. & detract. q.* 14. *n.* 16. Menoch. *conſ.* 153. *l.* 2. Ranch. *dec. p.* 2. *concl.* 493. Secus atqve eſt in donatione ob cauſam. Ratio differentiæ eſt, qvia hæc duo non ſunt compatibilia, eſſe donationem ſimplicem & imputari, qvia unum alterum tollit, qvemadmodum pactum transformativum ex uno contractu alium facit *l. ubi donatur C. de don. mort. cauſa* Maret. *d. c.* 16 Vocant autem irrevocabilem & validam donationem Dd. illam qvæ juramento confirmata eſt, Bart. *in l. ſi pro eo ff. de Fideiuſſ.* Bald. *in l. Frater à fratre ff. de condict. in deb.* niſi juramentum cederet in fraudem reliqvorum filiorum Bald. *in l.* 1. *C. de inoff. don.* vel juramenti vis ſtatuto ſublata eſſet, Marceſcot. *var. reſol. l.* 2. *c.* 67. item ſecundò, valida donatio reputatur facta à patre filio Clerico etiam non beneficiato Card. Mantica Tr. *de Tacit. & ambig. l.* 13. *n.* 6. 7. Neqve diverſa ratio tertiò eſt donationis remuneratoriæ, qvia ſapit naturam compenſationis, cujusmodi donatio impropriè talis eſt; nec jure prohibita *l. Aqvilius ff. de don. l. ſi v. ff. mand.* Gail. 2. *O.* 38. & qvia hæc donatio non qvâ filio, ſed qvà bene merenti & extraneo confertur Bart. *in l.* 13. *C. de collat.* Viral. *quæſt.* 1. *n.* 1. *de collat.* Sichard. *ad auth. ex Teſtam. n.* 15. *C. de collat.* Mantica *de Tacit. & ambig. l.* 13. T. 18. *n* 5. dummodo merita talia ſint qvæ non tantùm patrem ſed qvemcunqve alium virum conſtantem flecterent, Vital. *in Tr. de collat. q.* 1. *n.* 1. unde infert Mangil. *Imput. q.* 29. *n.* 51. non qvævis ſervitia obſeqvialia, aut ad qvæ filium ipſa pietas obſtringit, hic ſufficere, & Mantica *d. l. n.* 5. & 6. ut ejusmodi donatio ſubſiſtat tria conjunctim reqvirit 1. ut merita non ſint obſeqvialia 2. ut ſint æqvalia, & 3. ut cauſam hujus donationis ob bene merita factam eſſe, à donante adjectum fuerit. Deniqve ab initio ſubſiſtens donatio cenſetur qvando pater qvid diurnum filio donat Surd. *de alim. T.* 2. *q.* 1. *n.* 45. aut qvæ fit ob pecul. caſtr. vel qs. c. Vasq. *de ſucc.* §. 30. *n.* 215. edde Merlinum *de Legit. l.* 2. T. 2. *q.* 29.

Donatiò à patra filio in poteſtate conſtituto facta, qvæ morte demum confirmatur, regulariter imputatur, qvia ab initio non valuit *l.* 1. §. *ſi pater ff. de Uſuc. pro don. l.* 2. *C. de inoff. donat. l. donat. C. de don. int. v. & ux.* & licet morte confirmetur, confirmatur tamen in vim relicti *l. in donat. C. ad L. Falc. l. etiam §. pen. de bon. libert* adeoqve ſicuti hoc imputatur ita & illud qvod ejus naturam induit, ut docent Ri-

pa *in*

pa *in l. 4. ff. ad L. Falc. n. 144.* Cravett. *conſ.* 141. Rol. à Valle. *conſ.* 11. *n.* 41 *l.* 2. & noviſſimè Merlinus *de Legit. l.* 2. *q.* 29. *n.* 1.

Et ſic conſideravimus res qvæ ex patris diſpoſitione ad filium delatæ imputantur, ſeqvuntur qvæ *ex diſpoſitione Legis* imputationi obnoxiæ factæ ſunt, cujusmodi eſt *Dos, Donatio propter nuptias,* & de Jure noſtro Saxonico *Gerada.* Imputationis neceſſitatem ex Legis diſpoſitione æſtimandam eſſe, expreſſè docet Imp. *in l. pen. C. de collat.*

Et qvidem dotem Legitimæ Imputandam eſſe probatur *ex l. qvoniam novella C. de inoff. teſtam. junct. l. un. §. qvo à nobis* 12. *C. de rei ux. act.* Neqve hoc de dotis imputatione cui mirum videri debet, cum dos potius ex legis diſpoſitione ac neceſſitate qvam paterna affectione proficiſcatur, *l. fin. C de dotis promiſſ.* Weſembec. *in P. de coll. dot. n.* 1. eamqve pater haut donaſſe ſed in debitam ab inteſtato portionem concredidiſſe intelligatur, unde in Legitimam imputabitur, qvia in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtit nec donandi animum habere ceditur *l. rem legatam ff. de adim. leg. l. cum indebito ff. de prob.* Neqve huic dotis imputationi obſtat, qvod dos à paterna ſubſtantia plane ſeparatam cauſam obtinere videatur, cum æri alieno comparetur *l. ult. C. de collat. dot.* Æs autem alienum ante Legitimam deducatur, adeoqve ipſius Legitimæ imputationem planè non ingredtatur; nam reſpondetur, tam etſi dos in exactione vicem æris alieni ſubeat, tamen ſecus eſt in cauſa ſucceſſionis & imputationis ratione illius perſonæ à qva dos profecta eſt, *l. qvoniam. C. de inoff. teſtam. l. pactum in f. C. de collat.* Neqve etiam dotem nobis huic imputationi eximit, qvod ſupra fundamenti loco præſuppoſuimus, qvando Legitimæ materiam propriam defuncti mortis tempore ſubſtantiam eſſe diximus, *per l. ſcimus C. de inoff Teſtam.* dos verò ut plurimùm pecuniaria ſit, nec de defuncti, tempore mortis, ſubſtantia videatur, cum proprium ipſius filiæ patrimonium eſſe dicatur *in l.* 3. *§.* 5. *ff. de min.* nam reſpondemus, initium dotis datæ ſpectandum eſſe, qvam ex Patris ſubſtantia ſemel proceſſiſſe, ad imputationem ſufficere poteſt: imo, poſtqvam exinde deceſſet, partem nihilominus ſubſtantiæ permanſiſſe, non obſcurè probat *l.* 1. *§.* 1. *ff. ſol. matr. l. dos. à matre C. eod.* Unde etiam eſt qvod filia in

ſola

ſola dote inſtitui poſſit Jaſon. *in auth. noviſſ. n. 46. & de inoff. teſtam.* Pariſ. *conſ. 16. n. 72. vol. 1.* Claud. de Battand. *art. 11. n. 15.* Intelligimus autem dotem non adventitiam ſed profectitiam & qs. profectitiam: profectitiam, qvæ ex patris ſubſtantia profecta eſt *l. 5. ff de iur. dot.* Qvaſi profect. qvæ ex matris ſubſtantia deſcendit: ut ut enim hujus dos propriè ſit adventitia *l. un. §. 13. C. de rei ux. act. & arg. d. l. 5.* adventitia autem non conferantur *l. ult. C. de collat.* adeoqve nec imputentur *arg. l. pen. C. de coll.* Dos tamen à matre aliove aſcendente profecta qvoad jura cauſamqve conferendi & imputandi profectitia cenſetur, qvoties de hereditate ejus agitur, à qvo profecta eſt, *arg. l. 17. C. de coll. l. ult. inf. C. comm. utriusq.* Brunner *de collat. c. 4. n. 665.* Chiflet. *de port. Legit. c. 14.* Neqve verò intereſt ſive dos legitimam æqvet ſive minor illâ ſit, nam hoc caſu nullum jus præcipui dotata prætendere poteſt, cum ei parata ſit actio judiciumqve petendæ hereditatis, qvo ad ſupplementum agere poteſt, *arg. N. 115. c. 3. in pr. l. 36. C. de inoff. Teſtam.* cum qvidem in finem ut cæteri conferant qvantum ſupplendæ Legitimæ ſufficit, Vital. *q. 13. de collat.* Barthold. Kellenbenz *de Renunc. ſucc. q. 25. n. 7.* qvo impetrato nulla amplius qverela eidem ſupereſt, ſed in obtenta ſua Legitima integra acqvieſcere neceſſe habet *d. N. 115. c. 3.* Brunn. *de collat. c. 4. n. 731. & ſeq.* Claud de Battand. *art. 11. n. 16.*

Illud hoc loco qværi poteſt, an ſi nepos avi materni, matris ſuæ defunctæ Legitimæ ſupplementum petat, dotem maternam ei imputare cogatur? qvod affirmandum, ducto argumento hoc caſu à collationis neceſſitate *l. illam C. de collat. non obſt. l. pen. C. eod.* nam qvæ ratio collationis hoc in caſu ex eadem & imputationis, videlicet qvod dos è paterna ſubſtantia provenerit, profectitia autem conferri, expeditum eſt *per l. ult. C. de collat.* Qvid, verò ſi avus nepti dotem dederit, eaqve patris aut matris Legitimam petat, anne & hæc dotem acceptam ei imputare tenetur? & pleriqve veteres eò inclinant, ſpectandum eſſe, utrum intuitu neptis an verò filii vel filiæ dos ab avo nepti data fuerit, ita ut priori caſu non imputetur, poſteriori imputationi obnoxia ſit, vide Merlinum *de Legit. l. 2. T. 2. q. 10.* Sed Claud. Chiflet. *de Port. Legit. c. 14.* imputari, indiſtincte tenendum exiſtimat, qvia ſemper contemplatione filii vel filiæ dos

nep-

nepti data videtur, officium enim avi circa neptem ex officio patris circa filiam vel filium pendet *arg. l. dotem ff. de collat.* ex qvo tx. à jure collationis ad imputationem recte infertur, qvia hæc in dote exæqvata eſſe *l. qvoniam nov. C. de inoff.* ſatis evincit. Et hanc ſententiam tuetur qvoqve Carpzov. *in J. F. p. 3. C. 11. def. 35.* qvi tamen hoc fallere docet, ſi conjectura aliqva probabilis dictam præſumtionem vincat, puta, ſi pater eſſet pauper, ita ut neceſſitas dotandi neptem avo incumberet, juxta Ripam *in l. ſi qvartam 206. ff ad L. Falc.*

Sed jam alia ſubtilis nobis hîc attingenda occurrit qvæſtio, utrum nepos ex filia dotem maternam in Legitimam avitam imputare teneatur? qvam Anton Teſſaur. *in deciſ. Pedemont. 237. n. 10.* terribilem: Jaſon. *in d. l. qvoniam.* altam & diſputabilem: Paulus de Monte Pico *in d. l. in qvartam.* pulchram & de pane lucrando appellavit, de qva latè in utramqve partem diſputat Petr. Heig. *p. 1. qvæſt. 24.* & And. Rauchb. *p. 2. qvæſt. J. civ. & Sax. q. 18. per tot.* Nos in tanto Doctorum conflictu, ſalvo cujusqve judicio, non dubitamus accedere Bartolo *in d. l. in qvartam ff ad L. Falc. n. 22.* dotem maternam nepti in Legitimam ſuam avitam imputandam aſſerenti, cui etiam adſtipulatur Claud. de Battand, *in Tr. de Legit art. 11. n. 7.* Roder. Saur. *in d. l. qvoniam.* Rauchb. *d. l.* & noviſſimè Dn. Carpzov. *in J. F. p. 3. C. 11. def. 31. n. 4.* Et qvidem fundamentum hujus ſententiæ arceſſimus (1) ex *l. 19. § ult. C. de collat.* ubi nepotes & neptes in ſucceſſione avi dotes & donationes propter nuptias parentum, patruis amitis atq; avunculis vel materteris conferunt E. multo magis imputabunt, qvia collationnis & imputationis jura in his exæqvata eſſe *ex d. l. qvoniam* aliqvoties jam inculcavimus.

(2.) Qvia ut in priori qvæſtione concluſimus, dos vel donatio propter nuptias nepti vel nepoti ab avo data iisdem in Legitimam imputanda eſt, neqve diverſitatis ratio dotium & donationum propter nuptias maternarum & paternarum dari poteſt, qvia utraqve ex ſubſtantia avi proficiſcitur, qvod imputationis fundamentum eſt *d. l. qvoniam in f.* cui accedit (3) qvod filia in matris jus ſuccedens, factum matris præſtare cogatur *arg. l. 59. 62. de R. J. l. cum á matre C. de R. V.* adeoqve ſicuti mater imputare coacta fuiſſet, ita & filia qvæ ejus hereditatem ſuſcepit *arg. l. 40. in pr. ff. ad SC. Treb. l. 3. C. de bon.*

 mat.

Digitized by Google

mat. adde Andr. Rauchb. *d.q.18.n.20.& ſeq.* qvi ad contraria reſpondet. Sed an idem de J. Saxonico obtineat, valde dubitatur; imò manifeſtam h. à Jure communi diſcrepantiam nobis perſuadere conatur Pet. Heig. *d.q.24.n.18.& ſeq.* Sed à Heigio dudum divortium fecere Andr. Ranchb. *d.q.18.n.24. & ſeq.* & Dn. Carpzov. *d.c.11.def.31.* qvorum opinioni & nos ſubſcribere haut veremur, non obſtante contrario Heigii fundamento, qvod de Jure Soxonico dos in mobilibus conſiſtens non revertatur ad patrem, ſed filia mortua, maneat apud maritum, adeò ut ne liberis qvidem exinde præter ſolam Legitimam qvicqvam debeatur Landrecht *lib. 1.art.31.ibiq. Gl.* ex qvo collationem ceſſare autumat Heigius *d. q.24.n.7.* nam Reſpondet Dn. Carpzov. *d.l.* qvamvis in provinciis Saxonicis nec non aliis in locis dos vel ſaltem pars dotis, à filia in liberos non ad patrem tranſeat, tranſire tamen putatur prius in patrem & ab eo transferri in liberos Bart. *in l.in quartam ff.ad L. Falc.* vel potiùs immeditatè tranſire à filia in liberos, cum onere tamen collationis & imputationis *l.14.ff.de collat.* Qvod autem alterum ſpecioſum Heigii fundamentum attinet, qvod illa tantum bona computentur filiis & nepotibus in Legitimam, qvæ immediatè proveniunt ex ſubſtantia & patrimonio defuncti *l.30.C.de inoff.teſt.* at verò poſteaqvam mater per nuptias emancipata, in patris poteſtate eſſe deſiit, & dos à ſubſtantia paterna ſemel ſegregata cum propria filiæ ſubſtantia coadunata eſt, non amplius paternæ ſubſtantiæ pars eſſe cenſeatur, adeòqve per conſeqvens à collatione & imputatione exempta eſſe videatur; tum antecedens utut Heigio facile largiamur; tamen conſeqventiam ab emancipatione ad collationis vel imputationis negationem ipſi pernegamus; qvandoqvidem nec de Jure Civili emancipatio hunc effectum habet ut propterea dos profectitia à filia emancipata legitimæ portioni imputari non debeat *l.un. §. quo à nobis 12.C.de Rei ux. act.* Dn. Carpzov. *d. c. def. 31.* Qvanqvam Heigio aliis in terminis una cum Andr. Rauchbar. *d. q.18.n.ult.* facile adſtipulamur: nimirum, Nepotes ultra Legitimam & id qvod acceperunt, nihil amplius conferre obligatos eſſe, qvia tantum imputatur qvantum ad liberos fuerit transmiſſum, & qvod reſiduum qvod maritus de dote ex J. Saxon. ſibi vendicat, nulla ratione ad patrem rever-

reverſum nec ex ejusdem bonis ad nepotes translatum cenſeri poteſt; qvomodo etiam apud Lipſienſes pronunciatum refert Dn. Carpzov. *d.l.def.31.*

Doti qvoad imputandi neceſſitatem aſſimilantur res acceſſoriæ & qvæ additamenti cauſa dotem ſecutæ fuere, & ſub generali vocabulo Außſteur comprehenduntur *arg.l.17.C.de collat. & c. acceſſorium 42.de R.J.in.6.* qvia res hujusmodi non modo dotales & appendices dotis cenſentur *l. 26.§.2.ff.de pact. dot.* ſed & in actionem ex ſtipulatu incidunt, unaqve cum dote repetuntur *l.8. C. de J.dot.* Claud de Bart. *art.11.n.7.* Mangil. *Tr.de imputat. q.14.n.37.* Honded. *conſ. 63. n 121.* Appellatione autem rerum doti acceſſoriarum, cum cauſa illarum videatur pluriformis, veniunt non ſolùm veſtes & ornamenta, vulgò *Jocalia*, ſed & res nonnullæ aliæ ſuperadditæ: cujusmodi qvoqve ſunt ciſtæ, currus nuptialis, Cothman. *conſ.3. n. 42.* & qvæ rei familiaris inſtruendæ gratia liberis ſuppeditantur, Hülff und Haußſteur / ſo ein Vater ſeinen Kindern thut / nuncupata, Lipſ. *deciſ.120.v.3.* Regulariter autem intelliguntur ornamenta muliebria, ut ſunt annuli, armillæ, torqves, in aures catenæ & id genus alia, vulgo Weiberſchmuck und Zierath / Gail. *2. O.91. n 5.* Pfeil. *conſ 131.* Et de his dotis additamentis, qvin in Legitimam imputari debeant, dubitare nos vetat communis illa legibus & Dd. auctoritatibus ſubnixa Juris Regula, qvod augmentum dotis nihil ab iſa dote differat, & qvod in illa locum habeat, etiam in augmento dotis merito obtinere debeat *l.26 §.2.ff.de pact. dot.l.8 C.de J. dot.* Weſemb. 1. *conſ. 26. num.26.* Sebaſt. Med. *in Tr.de Stat.p.4.q.28.n.5.* Excell. Dn. D. Tabor. *in Analectis ad Barboſam l.4.c.51.* qvomodo etiam in terminis ratione imputat. in Legitimam pronunciare non dubitarunt ampliſſimæ Facultatis Juridicæ in inclyta hac Salana Dn. Profeſſores *Anno 1640. menſe Apr.* teſte Magnif. Dn. Richtero Fautore & Patrono noſtro magno *in p.4. Deciſ.40.n.15.* Admittit tamen Dn. Carpzov *p.3.C. 11. def.5.& def.11.& 12.* eatenus harum rerum imputationem qvatenus exiguitas ſubſidii paterni non aliam induxerit conjecturam, nempe qvod pater inæqvalitatem inter liberos ſervari voluerit, Hartm. Piſtor. *q.19.n.11.* qvia parentis voluntas non modò expreſſa ſed & tacita collationem impedit Cravetta *conſ. 85.n.18.*

Additamentis tamen dotis, qvæ oneri imputationis ſubjacent, minimè accenſentur ſumtus & expenſæ in feſtivitatem filiæ nuptialem honoris gratia erogatæ, qvia conſumtæ amplius non comparent & ad patris potius exiſtimationem pertinent *arg. l. 3. §. f. ff. de mun. & hon.* cujusmodi non ſunt conferenda Cothmann. *v. 1. conſ. 3. n. 46.* Brunn *de collat. c. 4. n. 824.* Bach. *ad Tr. v. 2. D. 17. th. 5. lit. I.* qvod noviſſime præjudiciis Scabinorum Lipſienſium confirmat Dn. Carpzov. *p. 3. C. 11. def. 21.* qvi tamen definit, ſeq. hoc ita limitat, ut non procedat, ſi expenſæ nuptiales in dotem à patre fuerint imputatæ, qvia factæ ſunt pars dotis, qvam imputationi ſubjacere, explorati juris eſt *auth. ex Teſtam. l. 2. l. 4. C. de collat.*

Alterum qvod ex Legis diſpoſitione Legitimæ imputandum eſſe diximus, eſt *Donatio propter nuptias*: idqve probamus per eandem *l. 29. C. de inoff. teſtam.* præſertim qvia nomine & ſubſtantia nihil differt ante nuptias donatio *l. ult. C. de ante nupt. don.* adeoqve in omnibus part cum dote, (ſive qvoad collationem ſive imputationem) juri ſubjecta eſt *l. pen. C. de collat. l. ult. C. de dote promiſſ. l. 17. & 19. C. de collat.* Vult. *Jpr. Rom. 20. n. 37.* Brunner. *de collat. c. 4. n. 816.* ex qvo qvid de Sponſalitia largitate hoc caſu judicandum ſit, diſcere licet, *d. c. 4. n. 816. & ſeq.* confer. Dn. Carpzov. *p. 3. C. 11. def. 24.*

Tertium ex Jure qvidem Saxonico huic imputationi obnoxium perhibetur *Gerada p. 3. conſtit. Elect. 11. Gl. lat. ad tx. German.* Landrecht *l. 1. art. 13. lit. c.* Matth. Coler. *deciſ. 57. p. 1. & deciſ. 286. n. 22. p. 2.* Andr. Rauchb. *qvæſt. 17 incip. nobilis qvædam fœm. n. 26. & ſeq.* Fundamentum hujus ſententiæ in eo collocatur, qvod Gerada ex matris defunctæ bonis proficiſcatur, eamqve illa viva pleno jure in dominio ſuo detinuerit, deqve ea pro arbitrio inter vivos diſponere potuerit, pleniusqve in ea jus habuerit qvam pater in feudis *conſtit. Elect. 14. p. 3.* unde Juris communis diſpoſitioni hæc ſubjacebit, qvemadmodum alia qvæ ex ſubſtantia defuncti profecta non tam jure hereditario qvam Legati, Fideicommiſſi, donationis mortis cauſa vel alterius delicti nomine filiorum legitimæ imputantur *auth. noviſſima l. 30. in pr. l. 35. & ſeq. C. de inoff. Teſt. N. 18.* Rauchb. *d. q. 17. n. 21. & ſeq.* qvi ſecundum hanc ſententiam non tantum Wittebergæ ſed & in terris extra Elector. Saxon. pronunciatum eſſe teſtatur; qvod e-

tiam

Digitized by Google

tiam ſupremi Parlamenti Dresdenſis deciſo *Anno 1618.* emiſſo corroborat Berlich *p.3.concl. pract. 17.n.14.* & noviſſime Scabinatus Lipſienſis reſponſo confirmat Dn. Carpzovius *p.3.c.11.def.1.*

Eſt verò imputatio hæc in favorem mariti introducta, qvippe qvi ex hereditate ultra qvam qvod Legitimæ ex Gerada ante omnem ſucceſſionem deducendæ deeſt, filiabus dare qvicqvam haut tenetur Hartm. Piſt. *O.12.* Hartvvig. à Daſſel. *ad conſuet. Luneb. art.1.* unde ſi pater in vivis filiabus legitimam dare inqve eam Geradam imputare neglexerit, poſt mortem ejus fratres ad Geradæ imputationem ſorores cogere neqveunt: ratio eſt, ne imputatio Geradæ in patris favorem introducta in fratrum commodum cedat, qvod notabili reſponſo firmat Dn. Carpzov. *in J.F.p.3.quæſt. 11.def.5.* Eadem ratio eſt, ſi mater præ defuncto patre moriatur, qvia hoc caſu Sorores Geradam maternam fratribus in Legitimam imputare non tenentur *p.3.conſt. Elect.37.* ibiqve Moller. *in f.*

Qvæcunqve autem de Geradæ imputatione in Legit. hîc diſputant Doctores, ea tantùm ſunt exaudienda de Legitima materna, nam ſi agatur de ſucceſſione paterna vel avita utiqve exinde debitam filiabus Legitimam Gerada à matre profecta imminuere non poteſt, cum pater vel avus in Gerada nihil juris habuerit, eaqve à ſubſtantia paterna vel avita cauſam planè ſeparatam obtinuerit, adeoqve transmittere in filias pater vel avus eandem neqviverit Landrecht *l.1.art.27.& arg.24.lit.D.* Ceſſante itaqve Transmiſſione ceſſat qvoqve in Legitimam imputatio *l.36.§.2.& ult. C.de inoff.* confer Carpzov. *d.l.def.7.* Eadem autem qvæ in filia circa imputationem obtinere diximus, & in matre Legitimam ex defunctæ ſine liberis filiæ bonis à genero exigente locum inveniunt, ex natura correlativorum *arg.l.15.ff.de inoff.* Dan. Moll. *ad conſtit. Saxon.p.3.conſt. 11.n.n.28.* Rauchb. *quæſt.17.n.36.* Berlich. *p.3 concl.17.n.15.*

Dicta de Geradæ imputatione non incongrue etiam ad rerum expeditoriarum vulgò Heergewette imputat. in Legitimam extenduntur. Ut ut enim hæc bona caſtrenſia vel qs. caſtrenſia videri poſſent, qvæ non imputari expeditum eſt, ut jamjam demonſtrabimus, qvo fundamento etiam Lipſienſes nixi pro ſentent. negativa pronunciare Anno 1619. non dubitarunt, teſte Berlich. *p.3.concl.*

 17.n.

Digitized by Google

17.n.22. tamen illorum bona hæc expeditoria talia merito non cenſeri, verius eſt: tum qvia hæc bona ex ſubſtantia paterna proficiſcuntur, tum qvia res expeditoriæ ſunt introductæ ad exemplum geradæ, ita ut qvod juris eſt Geradæ reſpectu Cognatorum Germ. Spillmagen/ idem qvoqve juris ſit rerum expeditoriarum reſpectu Agnatorum qvi dicuntur lingua vernac. Schwerdmagen/ vide Andr. Goldbek. *de Gerada c.5. Tit. de ſucc. Cognat.* alias rationes ſuppeditat Berlich. *p.3. concl.17.n.24.* qvi ſecundum hanc opinionem Anno 1618. *menſe Octobr.* à Wittebergenſibus reſponſum eſſe teſtatur *d.n.23. his. verb.* **Auff ewer an uns gethane Frage / ſprechen wir vor Recht/ daß das Heergewett gleich der Geraden in die** Legitimam **billich gerechnet werde / V. R. W.** Idem in Scabinatu Lipſienſi Anno 1630. pronunciatum refert Dn. Carpzov. *p.3. C. 11. def.9.*

Et hactenus de Legitimæ objecto poſitivè conſiderato egimus. Ordinis ratio exigit ut negativè conſideratum ſubjungamus: cujusmodi ut diximus, exhibent nobis res qvæ Legitimæ non imputantur: ut ſunt bona adventitia, Caſtrenſia qvaſi Caſtrenſia, donata à principe & certo reſpectu Feudum atqve Emphyteuſis, item Regna Ducatus & ſimilia in qvibus ſervatur jus primogenituræ.

Fundamentum hujus negatæ imputationis in Legitimam collocamus in eo, qvod qvæ extra patris ſubſtantiam deprehenduntur, imputationem ingredi neqveant; qvod ut de ſingulis enumeratis clarius demonſtremus, patet id primo in bonis adventitiis: illa enim non à parentibus acqviſita ſed propria liberis manere *l. 6. C. de bonis qva lib.* & collationi exemta eſſe dicuntur *in l. ult. C. de Collat.* adeoqve nec in Legit. computantur *arg. l. illud C. de collat.* Cuch. *Tr. de Legit. fol. m. 58. n. 15. & ſeq.* & jura qvæ negant collationem, includunt, per conſeqvens multo minus imputationem eſſe admittendã. Merlinus *de Legit. lib. 2. T. 2. q. 1. n. 2.* Idqve non tantum verum eſt in bonis illis adventitiis in qvibus pater nihil juris habet, ſed & ex qvibus eidem uſusfr. debetur Menoch. *conſ. 279. n. 33. & ſeq. l. 3.* Qvin etiamſi pater filium ex his bonis uſumfructum percipere ſiviſſet, tamen hujusmodi fructus Legitimæ minimè imputandos eſſe, verius exiſtimat idem Menoch. *conſ. 282. n. 32. & ſeq.* qvia pater cenſetur

remit-

Digitized by Google

remittere jus ſuum, adeo ut prædictos fructus repetere neqveat, qvos ne qvidem circa diviſionem in collationem venire, probabile eſt: qvod tamen rectè Merlinus *l. 2. de Legit. T. 2. q. 27. n. 14.* reſtringit ad fructus præteritos, non autem futuros, qvia conſenſus patris dicitur tacitus & pertinet ad actum præteritum, non ultra, Dec. *in l. non. vult. heres ff. de R. J. n. 10.* & diverſa ratio in fructibus præteritis & futuris Anchar. *conſ. 176. n. 3.*

Fallunt tamen dicta de bonis adventiis in meliorationibus à petre factis. Sed non indiſtinctè. Et qvidem *impenſas neceſſarias* pro reparatione peculii adventitii factas legitimæ filiorum imputandas eſſe docet Mangil. *de Imputat. q. 39. n. 1. & 2.* Mareſcot. *l. 2. var. reſ. c. 109. n. 2.* nec fructus perceptos ullo modo cum impenſis compenſandos eſſe, tenet Menoch *conſ. 454. n. 3. cum ſeq.* cujus ratio eſt, qvia pars rei & bonorum cenſentur Cephal. *conſ. 183. n. 32.* Card. Tuſch. *concl. 225. n. 22. lit. E.* Sed vèra tantùm hæc ſunt de impenſis magnis, non autem modicis *arg. l. 12. ff. de impenſ. in res dot.* & de extantibus tempore mortis paternæ, non autem conſumtis vel deperditis Peregrin. *de fideic art. 50. n. 30.* Mareſcot. *d. c. 109. l. 2. n. 8.* *Utiles* vero *impenſa* ratione peculii adventitii inſumtæ, Legitimæ filiorum imputantur, dummodo perpetuam rei utilitatem concernant Maſcard. *de probat concl.* 1039. *n. 7.* Joſeph. Ludov. *deciſ. Peruſ. 24. n. 18. dec. 58. n. 5.* & non ſint modicæ *arg. d. l. 12.* Mangil. *de imputat. q 39. n. 9. & ſeq.* nec perierint ea in Parte in qva melioratio accidit, Mareſcot. *d. c. 110. n. 33.* & niſi placuerit filio, ſalva rei ſubſtantia illas reſtituere, qvia neqve ad retentionem neqve ad imputationem præciſè cogitur. ſed ſi retinere nolit, poterit illas reſtituere & ita earundem imputationem evitare, ſuamqve in corporibus hereditariis integram Legitimam deducere. Bald. *in auth. excipitur n. 4. C. de uſufr.* Mercur. Merlinus *de Legit. l. 2. T. 2. q. 28. n. 28.* *Voluptuaria* autem *impenſa* aliter Legitimæ non imputantur, niſi qvatenus utilibus æqviparantur, & vel ipſe filius illas facturus fuiſſe præſumitur, Bart. *in l. fundo n. 20. ff. de R. V.*

Eadem ratione qva bona adventitia, etiam *Caſtrenſia vel quaſi Caſtrenſia* imputationis incapacia ſunt, uti perſpicue colligitur *ex l. cum oportet in f. C. de bon. qua lib. ibiq. Gl.* Bart. & Salic. *l. 1. §. 15. ff. de*

rio id intellectum volumus; hoc enim cum non ex ſubſtantia paterna profectum ſed potius ex pacto anteceſſorum qvæſitum ſit, in Legitimam filii imputari non debere expeditum eſt *arg. l. omnimodo §. imputari l. 32. C. de inoff. teſtam.* Hartm. Piſt. *p. 2. qvæſt. 38. n. 2.* Herm. Vultej. *de Feudis l. 1. c. 9. n. 241.* Eadem ratio eſt bonorum feudalium & Emphyteuticorum à patre acqviſitorum, ſine tamen inveſtitura ad heredes directa, ſed ex pacto & providentia, ut vocant, conceſſorum Angel. *ad auth. de Nupt. §. optime.* qvia hæc bona non patris ſed domini concedentis ac inveſtientis beneficio potiſſimùm debentur Andr. Fachin. *l. 4. controv. c. 23.*

Ex eodem qvoqve fonte profluit ſupra memoratarum dignitatum, cujusmodi ſunt Regna, Ducatus, Principatus & ſimil. in Legitimam negata imputatio: qvia omnes illæ dignitates qvatenus ex Lege vel conſvetudine generali Primogenito delatæ ſunt, cum propria defuncti patris ſubſtantia nihil commune habent Bald. *in l. 1. de ſumm. Trin. & in auth. ex teſtamento C. de collat.* Tiraqvell. *de J. primog. q. 5. 51. & 55.* Qvin collationem omnem & per conſeqvens imputationem hîc ceſſare, vel inde liqvet, qvia nec reliqvis fratribus vel ſororibus ſecundò vel tertiò genitis ex hiſce bonis Legitima debetur, Merl. *l. 2. T. 1. q. 2.* adeò ut licet ex communi Dd. ſententia ſecundò genitis congrua & condigna ſuâ perſonâ alimenta ac vitæ ſubſidia ex primo genitorum bonis fuerint concedenda, ea tamen ad rationem & qvantitatem Legitimæ & habito reſpectu ad reditus & proventus Regni vel Ducatus non eſſe commenſuranda, verior cenſeatur Doctorum ſententia Johan. Lezerier *Tr. de Primogenit. l. 2. qvæſt. 16.* Ludov. Molin. *de Jure Primog. l. 2. c. 11. n. 28. & l. 1. c. 15.* Grammat. *deciſ. 101. n. 64. & ſeq.* unde apud Hiſpanos in vulgus abiit vox *Appennagii, Panagii, Paragii, vitæ, & militiæ,* vide petr. Heig. *p. 1. qvæſt. 25. n. 35. & 36.* Ratio verò hujus, qvare Appennagium ad Legitimæ rationem non æſtimetur, eſt facilis, qvia aliàs ſecundo genitus per indirectum partem illam puta Legitimam conſeqveretur, qvæ tamen per ſucceſſionis excluſionem eidem expreſſe denegata erat, qvia incapax ſucceſſionis incapax qvoqve eſt Legitimæ Petr. Heig. *p. 1. q. 25. n. 11.* adde Merlinum *de Legit. l. 2. T. 1. q. 2. n. 13.*

Digitized by Google

CAP. II.
Sectio Qvinta.
De
Cauſa Legitimæ Formali, qvatenus ſpectatur in Qvantitate.

Aphorism. I.

FOrma Legitimæ cernitur in determinatione à Jure Civili eidem tributâ, cujusmodi eſt definita illius Qvantitas ac Qvalitas. In illa ſpectatur qvanta ſit qvota Legitimæ & qvodnam ejus augmentum. In hac, qvomodò relinqvenda & qvo tempore ſit deducenda.

Qvantitas Legitimæ non omni tempore fuit eadem: Olim enim Legitima ut patet *ex l. Papin. §. quarta ff. de inoff. & l. parentibus C. eod.* indiſtinctè, qvotcunqve etiam exiſtebant liberi, erat *Qvadrans*, id eſt, qvarta pars, qvæ conſtabat ex tribus unciis, cujusmodi portio eſt qvarta pars totius Aſſis, ſicuti ex qvatuor unciis conſtans portio eſt Triens, id eſt, tertia pars totius Aſſis, qvi in 12. uncias dividebatur, ut liqvet *ex §. 5. J. de her. inſt.* ibiqve eleganter Jul. Pac. *in ſua Analyſi.* Jam finge defunctum in bonis reliqviſſe 12. millia imperialium, & ſuperſtites exiſtere tres liberos: hoc caſu Qvota Legit. erit trium millium thalerorum, qvos liberi inter ſe divident, ut qvilibet exinde capiat mille imperiales: namqve duodecim millium qvarta pars, ſunt tria millia; eademqve loco Legitimæ ſemel tantùm debentur, qvia ſive unus ſive plures de inofficioſo egerint, una qvarta eis danda eſt, ut illa pro rata inter omnes dividatur, *§. ult. J. de inoff. teſt. N.* 18. *c.* 1. Verùm enim verò qvia hoc caſu ſæpe contingebat, ut exiſtentibus pluribus liberis, portio legitima ex bonis defuncti forte in ſe non adeo amplis diſtribuenda iisdem futura eſſet exigua, cum tamen coheres forte extraneus univerſaliter inſtitutus reſiduam ſubſtantiam ſibi vendicaſſet univerſam, qvo ipſo ſui heredes in hereditate paterna à natura ſibi deſtinata nimio plus lædebantur; hinc viſum eſt ſacratiſſimo Imperatori Juſtiniano *in N.* 18. *c.* 1. præfatam portionem legitimam pro numero perſo-

perſonatum adaugere, ita qvidem, ut ſi qvatuor vel pauciores eſſent liberi, Legitima *Triens*; ſi plures qvam qvatuor, *Semis*, id eſt, dimidia pars ſubſtantiæ exiſteret, qvod *Gl. ad J. de inoff. Teſt.* notisſimo illo verſiculo complexa eſt:

Qvatuor aut infra dant natis jura Trientem:
Semiſſem verò dant natis qvinq; vel ultra:
Arbitrium ſeqvitur ſubſtantia cætera Patris.

Auctam vero eſſe Legitimæ qvantitatem in deſcendentibus, extra controverſiam apud omnes poſitum eſt, & textus ei rei probandæ extant clari in *d. N.* 18. *c.* 1. *& auth. noviſſ. C. de inoff. teſtam.* Idqve indiſtinctè in omnibus deſcendentibus ſive Legitimæ natis ſive Legitimatis, Merlin. *de Legit. lib.* 1. *T.* 3. *q.* 2. *n.* 2. ſive etiam naſcituris & poſthumis *arg. l.* 7. *& l.* 26. *ff. de ſtatu hom.* Wurmſ. *l.* 1. *O. T.* 39. *O.* 11. *ſubſ.* Laderch. *conſ.* 46. *per tot.* Dom. Cardin. Tuſch. *Tom.* 5. *pract. concl. lit. L.* Qvin & certo reſpectu in adoptatis *arg. l. cum adoptivis C. de adopt. §. adoptivi J. de Exher. lib.* Salic. *in auth. noviſſ. C. de inoff.* Matheſilan. *de ſucceſſ. inteſt. in* 3. *membr. art.* 1. & deniqve in Nepotibus *arg. N.* 18. *c.* 1. qva Legitima illis aucta eſſe dicitur qvibus naturali ratione debetur, & qvibus de inofficioſo qverela competit, qvæ omnia in nepotibus locum habere nemo temere negaverit;

Secundum itaqve dicta, ſi qvatuor aut pauciores erunt liberi Legitima eſt Triens; ſi qvinqve vel plures, Semis. Sed an hoc indiſtinctè & eo qvoqve caſu obtineat, qvo unus vel alter defecerit, ita ut pars deficiens illam portionem aliàs pro numero liberorum determinatam augeat vel minuat, non usqve qvaqve expeditum eſt, unde ardua & ſpinoſa nobis ſubnaſcitur qvæſtio, utrum filii qvi à parentum ſuorum ſucceſſione, puta per juſtam exheredationem, juratam renunciationem vel jus ſtatutarium, vel etiam per delictum excluduntur, in numero filiorum computandi ſint ad reliqvorum, qvi ſuccedunt portionem legitimam vel augendam vel minuendam; in qva ſubtili & perdifficili controverſia Bart. Socin. ac Cacciolup. bonum eſſe cenſuerunt, reſpondere ore parvo & magis ſubdubio, qvam ore magno, ponendo os deciſivum. Verùm qvia omnia, qvæ ei illuſtrandæ faciunt, huc afferre nimis operoſum fo-

Digitized by Google

ret ſufficiat lectorem ad eos remiſiſſe auctores, qvi dictæ controverſiæ lucem pridem fœnerarunt clariſſimam, & qvibus nos qvod præter album calculum adjiciamus, non habemus. Videantur itaqve Alexand. Trentacinq. *l.* 1. *var. reſol. T. de Legit. reſ.* 3. *n.* 9. *& ſeq.* Andr. Fachin. *l.* 4. *controv. c.* 31. *per tot.* Gail. 2. *O.* 132. Berlich. *p.* 3. *C.* 12. *n.* 11. *& ſeq.* Benedict. Carpzov. *in J. F. p.* 3. *C.* 10. *def.* 12. 13. qvibus omnibus noviſſime jungi meretur Mercurialis Merlinus *de Legitima lib.* 1. *T.* 4. *q.* 3. *&* 4.

Eadem autem qvæ de Legitimæ augmento ratione deſcendentium diſſeruimus, non minus qvoqve locum habent in Legitima aſcendentium *per d. Nov.* 18. *c.* 1. ibi, *hoc obſervando in omnibus perſonis*, *& arg. l. nam etſi ff. unde lib. l.* 15. *ff. de inoff. teſtam.* Gl. *in d. N.* 18. *c.* 1. Bart. *in auth. Noviſſ. C. de inoff.* Roland. Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ultim. volunt.* Theſſaur. *Deciſ. Pedemont.* 122. *n.* 3. Panciroll. *conſ.* 143. *n.* 1. qvanqvam illud incrementum Trientem excedere, noſtra qvæ eſt vitæ brevitas haut permittat. Hartmann. Hartm. 2. *O. T.* 43. *O.* 6. *n.* 7. niſi qvod interdum forte ob aliarum perſonarum concurſum ille ad Semiſſis qvantitatem aſcendat, puta ſi qvatuor vel qvinqve defuncti filii fratres coexiſterent, tum enim omnium Legitima erit Semis non Triens, Aretin. *conſil.* 78. Dom. Card. Tuſch. *T.* 5. *pract. concl. lit. L. concluſ.* 185. *n.* 9. Nec diverſum ratione augmenti obtinet in Collateralibus propter generalitatem *d. N.* 18. *c.* 1. qvo argumentum illud omnibus conceſſum dicitur, qvi olim de inofficioſo agere poterant, cujusmodi qverelam fratribus & ſororibus turpi perſonâ inſtitutâ competiiſſe liqvet *ex l.* 27. *C. de inoff. Teſtament.* adde Vasq. *de ſucceſſ. creat.* §. 20. *n.* 213. Petr. Gudelin. *de J. Noviſſimo l.* 2. *c.* 7. Trentacinq. *l.* 1. *var. reſolut.* 3. *Tit. de Legit. n.* 5. *&* 14. Berlich. *d. concl.* 12. *n.* 57.

Digitized by Google

Cap. II.

Sectio Sexta

De

Cauſa Legitimæ Formali ratione qvalitatis.

Aphorism. I.

LEgitimæ qvalitas vel reſpicit perſonam relinqventis vel perſonam Legitimam exigentis. Illo reſpectu in diſqviſitionem venit nobilis qvæſtio qvo Titulo Legitima relinqvi debeat; ubi diſtingvendum inter jus vetus & novum.

Jure veteri, qvaliscunqve ſufficiebat Titulus; puta donationis ſive inter vivos ſive mortis cauſa, Legati, Fideicommiſſi, §. *ult. J. de inoff. & l. 6. C. eod.* ſi Teſtator hoc expreſſe adjeciſſet, ut in Legitimam imputaretur *l. 35. C. de inoff. l. 8. §. 25. ff. eod.* Item Tit. dotis, donationis propter nuptias *l. 29. C. de inoff.* qvod ſi Teſtator obſervaſſet, excludebatur non tantùm qverela inofficioſi ſed & actio ad ſupplementum *d. §. fin. J. & auth. Noviſſima C. de inoff. Teſtam.* qvod poſtremum tamen J. Codicis immutatum eſt *l. omnimodo C. de inoff. Teſtam.* Verum Jure noviſſimo, qvod extat *in N. 115. c. 3.* Legitima non qvovis Titulo ſed tantùm inſtitutionis præciſè relinqvenda eſt, idqve in Legitima deſcendentium per clariſſima d. N. verba ab omnibus facile conceditur, adde Magn. & Nob. Dn. Præſidem, Fautorem & Patron. noſtrum venerandum *Ex 8. q. 13.* Sunt a. innovationis hujus rationes admodum prægnantes, qvarum prior eſt, qvod Titulus inſtitutionis exiſtat honorabilior *l. 5. §. 6. ff. de Legat. præſt. contra tab. bon. poſſ.* (2.) propter jus accreſcendi *arg. l. un. C. qn. non pet. part. pet.* Donell. *6. Comm. 12. & l. 19. c. 4.* ibiqve Hillig. Bach. *ad Tr. de inoff. th. 12. lit. A.* (3.) propter remedium *L. fin. C. de Edict. D. Hadriani toll.* Merlinus *de Legit. l. 5. T. 2. q. 1. n. 9.*

Neqve verò qvoad inſtituendi neceſſitatem diſcrepantiam Juris Canonici à Jure Civili ullam agnoſcimus, contra Hoſtienſ. *in c. Raynut. x. de teſtam. ibiq.* Butr. qvia illa citra expreſſum Juris Canonici textum temere non eſt admittenda *c. 1. & 2. de nov. oper. nunc.* cujusmodi textum hic deſideramus: imò contrarium non obſcure

 colligi.

colligitur *ex c. 1. x. de Teſtam. in 6. & c. per tuas x. qvi Filii ſunt Legitimi.* qvam ſententiam fovent Jaſon. *in auth. Noviſſ. C. de inoff. Teſtam. n. 37.* Salic. *in l. ult. C. fam. erciſc.* Didac. Cavarruv. *ad c. Raynut 16. x. de Teſtam. §. 1. n. 10.* Cuch. *de Legit. T. qvo Tit. ſit rel. Legit. n. 46.* Cui conforme omni ex parte etiam eſt Jus Saxon. ut patet ex *Tom. 1. conſultat. Saxon. p. 2. q. 31. & Conſt. Elect. 9.* adde Berlich. *p. 3. concl. 16. n. 14.*

Adeo autem hæc inſtituendi ſolennitas ratione deſcendentium neceſſaria eſt, ut ea neglecta ipſa Teſtamenti ſubſtantia corruat, nec qverela in officioſi opus ſit *N. 115. c. 3.* Weſemb. *in P. de inoff. n. 7.* qvomodo etiam reſponſum ab ampliſs. Facultate Juridica Academiæ hujus Jenenſis *An. 1618.* teſte Magnif. Dn. D. Richtero *Deciſ. 40. n. 5.* neqve dictis obſtat *N. 18. c. 1.* qvia illam per *N. 115.* correctam eſſe non improbabilis eſt Berlichii opinio relata *p. 3. concl. 15. n. 8. & ſeq.* adde Johann Wurmſerum illuſtris Academiæ Tubingenſis Anteceſſorem clariſſimum, Dn. Fautorem & Patronum noſtrum obſervandum, *in Nucl. Juris D. 9. th. 9.*

Amplianturdicta, ut neqvidem in Teſtamento ad pias Cauſas illa ſolennitas omitti qveat, *arg. c. ſi pater 1. x. de Teſtam. in 6.* qvia hæc ſolennitas vanis ac ſuperſtitioſis illis â qvibus hoc genus Teſtamenti liberum eſſe paſſim celebratur, accenſeri haut meretur, vel eò, qvia in favorem & utilitatem liberornm introducta eſt, cui favor piæ cauſæ derogare non poteſt *auth. ſi qva mulier C. de SS. Eccleſ. l. 20. nunc autem C. de Ep. & Cler.* Salic. *in l. 1. C. de SS. Eccleſ.* Imo licet communiter Dd. hunc in Legitima Inſtitutionis defectum *Clauſulam Codicillarem* vel clauſulam *omni meliori modo via & forma*, ſupplere & Teſtamentum aliàs irritum & nullum convalidare pleno ore doceant, tamen non immerito illæ clauſulæ cuiqvam ſuſpectæ videri debent, ut bene advertit Gl. *in auth. ex cauſa C. de lib. præt.* Covarr. *ad d. c. Raynut x. de Teſtam.* Berlich. *p. 3. concl. 15. n. 59.* qvi pluribus rationibus hnc adſtruit: unde illis clauſulis non attentis tale Teſtamentum utpote irritum & nullum concidere, reſponderunt olim hujus Academiæ Dn. Profeſſores, teſte Reuſnero *l. 1. Deciſ. 10. n. 29.* qvibus conformia refert Carpzov. *p. 3. conſt. 9. def. 12.*

Ceſſat tamen dicta inſtitutionis ſolennitas, ſi illa in favorem libe-

liberorum fuerit omiſſa Gl. *in l. ſcimus* §. *repletionem C. de inoff.* Angel. & Dd. *in l. cum filio ff. de V. & P. S.* Berlich. *d. concluſ.* 15. *n.* 54. qvod notabili reſponſo Scabin. Lipſienſium in Cauſa Hanſen & Georgen der Fiſchere zu Lengefeldt / confirmat Dn. Carpzov. *d. p.* 3. *conſt.* 9. *def.* 11.

Cæterum non tantum prædicta inſtituendi ſolennitas in deſcendentibus ſed & aſcendentibus qvoties turbato mortalitatis ordine illi liberis ſuis ſuccedunt, ſummè neceſſaria eſt, *per text. expreſſ. d. n.* 115. *c. juſtum autem perſpeximus* 4. & 5. Jaſ. *in auth. Noviſſima n.* 37. & ex natura correlativorum qvando diſpoſitum in uno procedit in alio Bart. *in l. fin. C. de judic.* & qvia ratio correlativorum valet non tantum in materia favorabili, ſed etiam in qvacunqve alia qvantumvis odioſa, Roland Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ult. rubr.* 17. *n.* 22. Hartm. Hartman. 2. *O. T.* 43. *O.* 6. *n.* 2. *& ſeq.* Si autem qværas utrum ergo Fratrum qvoqve Legitima Tit. inſtit. ſit relinqvenda? tum negativæ intrepidè ſubſcribere non dubitamus, idqve per expreſſam diſpoſitionem *d. N.* 115. *c.* 5. ſtatim in pr. ubi Juſtin. injuriam præteritionis & exhereditationis à ſolis filiis & parentibus per ſolennem hanc inſtitutionem amovere voluit; reliqvis autem, ſi qvid minus portione Legitima relictum fuerit, per actionem ad ſupplementum ſuccurrit; jam vero [illegible] reliqvos illos nulli alii indigitare poſſunt, qvam fratres vel ſorores, qvia hiſce Collateralibus Legitima tantum debetur, ſi itaqve inter hos & priores vera debet eſſe oppoſitio, uti negari non poteſt; E. conſeqvitur, fratres in Legitima ſicuti deſcendentes & aſcendentes non eſſe inſtituendos, qvomodo etiam tenent Donell. 6. *comm. c.* 15. Merlin. *de Legit. l.* 5. *T.* 2. *q.* 20. *per tot.* Berlich. *p.* 3. *concl.* 15. *n. ult.*

Secundo loco admodum relinqvendi pertinet, qvod Legitimæ à Teſtatore onus vel gravamen adjici neqveat *per l. omnimodo l. qva nuper. l. qvoniam & l. ſcimus* §. *cum autem &* §. *ſancimus C. de inoff. teſt.* Gl. *in auth. noviſſima C. eod.* Gail. 2. *O.* 121. *n.* 8. 9. & 2. *O.* 129. *n.* 2. Vaſq. *de ſucceſſ. creat. l.* 1. §. 10. Cuch. *Tr. de legit. Tit. Legitima gravamen.* Cardin. Tuſch. *Tom.* 5. *pract. concl. lit. L. concluſ.* 187. Berlich. *p.* 3. *concl.* 15. *n.* 3. Ratio hujus concluſionis eſt, qvod Legitima non capiatur judicio Teſtatoris ſed ex diſpoſitione Legis *arg. l. cum ratio ff. de bon.*

Digitized by Google

de bon. damn. & *N.* 1. *pr.* §. 2. Jam verò regula eſt, cui nihil relinqverimus à nobis ipſis, eum qvoqve gravare nos non poſſe; item qvem non honoraverimus, eum nec licere onerare §. 1. *J. de ſing. reb. per Fid. rel.* Rittersh. *ad N. p.* 6. *c.* 4. *n.* 27.

Qvando autem onus ſeu gravamen Legitimæ apponi poſſe negatur, tum id non eum ſenſum habet, qvaſi æs alienum & Funeris impenſa poſt detractionem Legitimæ demum deducantur; nam utrumqve Legitimam extenuare & Legitimam demum poſt æris alieni & funeris impenſæ deductionem deberi, ex plorati juris eſt *l. Papinianus* §. 9. *ff. de inoff.* & vel inde conſtat, qvia Legitima regulariter eſt qvota hereditatis; jam vero ſicut in hereditate commoda & incommoda habentur, qvorum omnium heres mediante ſucceſſione particeps factus eſt, Legitimam ceu qvotam hereditatis ſine onere abſolute dici non poſſe manifeſtum eſt, Bach. *ad Tr. v.* 1. *D.* 13. *theſ.* 12. *lit. B.* verum per gravaminis rejectionem hoc loco id propriè innuitur, deducto ære alieno & funeris impenſâ, ex reliqvis bonis Teſtatoris Legitimam heredi ab omni onere vel gravamine debere relinqvi liberam, Gail. 2. *O.* 119 *n.* 11. Chiflet *de port. Leg. c.* 12. qvomodo aliqvoties pronunciatum hac in Academia refert Magnif. Dn. D. Richter. *p.* 2. *Dec.* 41. *n.* 10. 67. & *ſeq.*

Ex qvibus fundamentis loco præſuppoſitis conſeqvitur, Teſtatorem Legitimæ præſtationem ſub conditione aliqva ſuſpendere non poſſe *arg. l. qvoniam ibiq; Salic. l. ſcimus* §. 1. *C. de inoff.* Gomez *var. reſol. Tom.* 1. *c.* 11. *n.* 29. Philibert. *in Tr. de condit. l.* 3. *T.* 5. *n.* 18. Card. Mantica *de conject. ult. vol. l.* 11. *t.* 18. *n.* 14. & *late* Dn. Merlinus *de Legit. l.* 3. *T.* 2. *q.* 2. *per tot.* qvin, onus indiſtinctè à Legitima rejicitur, ſive ſit in modo, qvantitate, loco aut tempore Alex. *in l. tum dotem n.* 13. *ff. ſol. matr.* Mangil. *Tr. de Imputat q.* 9. *n.* 14. Vasq. *in d. l. qvoniam n.* 273. & *ſeq.* adeò ut oneris nomine hîc non excludatur Legatum vel Fideicommiſſum *l.* 36. §. 1. *C. de inoff. teſt.* Gail. 2. *O.* 119. *per tot.* vel etiam uſusfructus, qvia illæſa debetur Legitima ſive proprietatem ſive uſumfr. reſpicias, *auth. noviſſ. ibiq; Dd.* Claud Chiflet. *de port. Leg. c.* 12. vel deniqve donatio aut alienationis prohibitio, Rittersh. *ad N. p.* 6. *c.* 4. *n.* 27. Omnia enim hæc & ſimilia gravamina cenſentur pro non adjectis; idqve ex auctoritate & diſpoſitione

legis

legis, adeo ut nulla petitio, inſtantia, vel heredis declaratio aut proteſtatio pro ſalvanda Legitimæ qvantitate neceſſaria ſit, Vasq. *in l. qvoniam 254.* Peregrin. *Tr. de Fideic. art. 36. n. 86.* Mantica *de conject. ult. vol. l. 7. t. 8.* Joſeph. Ludov. *deciſ. 28. n. 44.*

Ampliantur dicta, ut procedant, etiamſi gravamen favorem piæ cauſæ concernat; ut ut enim de Legatis ad pias cauſas non detrahatur Falcidia nec Trebellianica, *per text. perſpicuum in auth. ſimiliter C. ad L. Falc. ibiq; Gl. & Dd. communiter* Gail. 2. *Obſ. 119. n. 6.* imò interdum plus faveatur piæ cauſæ qvam liberis, Hieronym. Pantſchman. *l. 2. qvæſt. 6. n. 20.* Excell. Dn. D. Tabor. *in Analectis ad Barboſam l. 14. c. 35. ax 1.* tamen hoc fallit qvoties agitur de detrahenda Legitima, qvia pia cauſa illi ut magis privilegiatæ derogare non poteſt, per ea qvæ tradit Felin, *in c. in præſentia de probat.* & Jul. Clar. *l. 3. ſent. in §. Teſtam. q. 6. v. 5.* Merlinus *l. 3. T. 2. q. 5.* Cavalcan. *Deciſ. Fivizanenſ. p. 3. dec 7. n. 27.*

Fallunt tamen dicta de gravaminis aut oneris rejectione, ſi illa heredis favorem concernant, Suarez. *in d. l. qvoniam.* cujusmodi favor cernitur in ſubſtitutione pupillari directa *per l. ex tribus C. de inoff. Teſtam. l. 92. §. f. ff. de Leg. 1.* Ratio eſt, qvia Teſtator ſubſtitutum honorat. B. eum qvoq; gravare poteſt *l. 1. §. ſciendum ff de Leg. 3.* Gail. 2. *O. 119. n. 14.* confer. Reuſner. *de Teſtam. p. 6. c. 24.* Berlich. *p. 1. Deciſ. 110.* cui rei confirmandæ accedit notabile reſponſum Academiæ hujus noſtræ Salanæ ad reqviſitionem Martini Köhlers zu Oberam Anno 1619. datum, qvod conceptis verbis legere eſt ap. Magnif. Dn. D. Richterum *p. 2. deciſ. 41. n. 12.*

Hactenus de Legitimæ qvalitate ratione perſonæ eam debentis. Seqvitur ut eandem ratione perſonæ exigentis conſideramus. Perſona cui Legitima debetur, eandem exigendi facultatem à morte demum Teſtatoris conſeqvitur, namqve vivente eo nullum exigendi jus habet, ut patet ex *l. cum qværitur C. de inoff. teſt. & l. 1. §. ſi impub. ff. de collat. l. 1. §. interdum ff. de V. & P. S.* Bart. & Bl. *in l. ult. ff de lib. agnoſc.* Roland. Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ult. vol. rubr. 17. n. 28.* Myſ. *cent. 4. O. 25.* Menoch. *l. 2. arb. ind. qvæſt. cent. 2. c. 149.* Claud. de Battandier *de Legit. c. 8. n. 4.* Kremberg. *de ſumt ſtud. qvæſt. 1. n. 29.* Qvibus non obſtat l. 11. *ff. d. lib. & poſthum. & l. 1. §. 12. ff. de ſucceſſ. edict.* Vide Nobiliſſ.

Digitized by Google

biliſs. Dn. D. Hahn, *in Diſſert. inaug. de J. rer. concluſ. 6.n.5. & in. Obſ. Theor. pract. ad VVeſ. P. de inoff. Teſtam. n 6.* qvibus jungi merentur qvæ hac de re paulò ſubtilius diſputat Anton. Gomez. *Tom. 1. var. reſ. c. 9.* Nec qvicqvam pro Legitima ex vivi patris facultatibus exigenda militat exemplum prodigi illius ap. S. Lucam *c. 15. v. 12.* qvia non ex juris neceſſitate ſed ex liberrima indulgentiſſimi illius parentis voluntate Legitimam illam ſuppeditatam fuiſſe, dicendum eſt; namqve ſi patri aliter placuiſſet, utiqve eandem degeneri filio denegare ipſo jure potuiſſet, Jaſon. *in auth. noviſſ. C. de inoff.* Bart. *in auth. ſi qva mulier C. de SS. Eccl.* & Bl. *in l. 20. C. ad L. Falc.*

Et hæc adeo vera ſunt, ut nec filio petendi Legitimam jus naſcatur, etiamſi pater vivus bona dilapidaret, Vasq. *l. 10. controv. c. 37. n.* 1. Maret. *de Qvart. c. 9. n. 16.* Rationem nobis ſuppeditat Berlich. *p. 3. concl. 14. n. 28.* qvod qvamdiu ſupereſt remedium ordinarium, tamdiu ad extraordinarium non eſt confugiendum *l. 16. in pr. de min.* Jaſ. *in l. 1. ff. de nov. op. nunc.* Excell. Dn. Tabor. *in Analect. ad Barboſam l. 13. c. 30. ax.* 1. & qvod hoc in caſu remedium ſuppetat ordinarium, nimirum ut patri adimatur bonorum adminiſtratio §. 3. *J. de curat. Furioſ.*

Dicta tamen notabiliter fallere docent Dd. in patre hæretico & filio ad Chriſtianam religionem converſo, Pelin. *in c. 8. x. de probat. n. 55.* Dom. Card. Tuſch. *Tom. 5. pract. concl. lit. L. concl. 190.* qvod egregio qvodam reſponſo in caſu patris Anabaptiſtæ à filio orthodoxæ religioni Chriſtianæ addicto ratione Legitimæ ſollicitati & ad eam in vivis perſolvendam condemnati, confirmat Dn. Carpzov. *in J. F. p. 3. conſt. 12. def. 10.* Item ſecus eſt, ſi filio Legitimam aſſignare, patri in vivis allubeſceret; Graſſ. §. *Legit. q. 12.* qvo caſu filium etiam invitum eam repudiare non poſſe, tenet Peregr. *de Fideic. art. 36. n. 16.* & Alv. Valaſcus *in praxi partit. c. 21. n. 6.* unde pulchra & qvotidiana ſubnaſcitur qvæſtio, utrum hoc caſu qvando facultates patris poſtea auctæ fuerint, filius aſſignatâ non pro qvantitate bonorum nec pro filiorum numero portione contentus eſſe debeat, an verò pro ratione augmenti bonorum paternorum Legitimæ qvoqve augmentum à tempore mortis paternæ petere & ita denuò Legitimæ deductionem inſtituere qveat? ubi communiter Dd. amplectuntur affirmati-

mativam *per text. l. 35. §. illud. etiam 1. & 2. C. de inoff. teſtam.* Jaſon. *in auth. noviſ.* dummodo tamen acceptatio filii fuerit ſimplex nec juramento ſpecialiter confirmata *c. 2. de pact. in 6.* purpur. *conſ. 307. n. 4.* adde Fachin *4. controv. c. 27.* Cravettam *conſ. 114. n. 16.* Honded. *conſ. 59. l. 1.* Berlich. *p. 3. concl. 14. n. 41.*

CAP. II.
Sectio Septima.
De
Legitimæ Cauſa Finali.

CAuſam Formalem excipit Cauſa Legit. Finalis: qvæ ſpectat vel faverem Teſtatoris, vel ejus cui Legitima debetur. Et qvidem favore hanc portionis Legitimæ determinationem ei cui debetur Legitima, ex ſupra relatis de Origine & fundamento Legitimæ abunde cognoſci poteſt. Teſtatori autem hanc Legitimæ conſtitutionem prodeſſe, itidem in proclivi eſt; namqve cum non tantùm jure naturæ, ſed & civili univerſa hereditas proximis agnatis & cognatis ab inteſtato ſuccedentibus deferatur & verò inter illas non rarò reperiantur qvi de eo à qvo beneficia ſucceſſionum ſperant, non tantùm non bene mereantur, ſed in vivis eidem qvam maximè ægre faciant, ſufficientem tamen exheredationis cauſam non præbeant; hinc ut qvodammodo ſaltem futurorum heredum petulantiam vindicandi occaſio & facultas Teſtatori ſupereſſet, cautum eſt *N. 115. c. 3.* ut illos qvoad certam ſubſtantiæ portionem privare liceret, ademta illis ratione reſidui, omni inofficioſi qverela aut actione ad ſupplementum totius; & hoc eſt quando conſervandorum Teſtamentorum gratia Legitima introducta eſſe dicitur *l. 30. C. de inoff. teſt.* Chiflet. *de port. Legit. c. 5.*

CAP. II.
Sectio Octava.
De
Legitimæ Effectu.
APHORISM. I.

INſigniores Legitimæ effectus ſunt ejusdem ad heredes Transmiſſio & jus retentionis, nec non alia pro ejus poſſeſſione conſeqvenda competentia remedia.

Digitized by Google

Transmiſſionis Legitimæ jus qvod attinet, communis Dd. eſt concluſio, Legitimam transmitti, ſive hereditas fuerit adita ſive non, & ſive agnita fuerit ſive non: nec tantum ad heredes ſuos, ſed & extraneos Bl. & Salic. *in l. quoniam C. de inoff. teſt. per tx. in l. 10. C. ad L. Falc.* Simon de prætis *de int. ult. vol. l. 3. int. 1. dub. 5.* Weſemb. *in Comm. ad C. de inoff. n. 15.* Gail. 2. O. 120. *n. f.* cujus aſſertionis fundamentum regulariter Legitimæ privilegium, interdum verò concurrens jus ſuitatis eſſe cenſemus vide Merlinum *de Legit. l. 5. T. 3. qu 9.* Qvin, non tantùm Legitima ſed & ejus ſupplementum transmittitur Gail. 2. O. 131. *nu.* 12. Cravetta. *Conſil.* 142. *n.* 2. *l.* 1. Mantica *de coniect. ult. vol. l. 7. T. 8.* qvia acceſſorium ſeqvitur naturam ſui principalis *l. 8. C. de l. dot. c. 42. & R. J. in 6.* Cancer *var reſol.* 13. *n.* 14. Caſſanate *conſ.* 55. *n.* 2. modo tamen is cui debetur Legitima ſit mortuus poſt eum à qvo debebatur *arg. l. 1. §. ſi. imput de collat.* l. 1. §. 2. 1. *de V. & P. S.* Nicol. Noal. *de Transmiſſ. c. 10.* Merlin. *de q 9. n. 25.*

Jus Redemtionis pro Legitima locum ſibi vendicat, qvando qvis univerſaliter qvidem heres inſtitutus, ſed Fideicommiſſo univerſali gravatus eſt; non qvidem eo ſenſu, qvaſi e. g. filius ex hereditate, cujus in poſſeſſione eſt, ſibi portionem legitimam eligere & electam retinere qveat, ſed qvod antè hereditatem reſtituere, qvàm Legitima ſibi ex hereditate ſegregata & à judice attributa fuerit, haut teneatur: nam ut ut filius in poſſeſſione ſit hereditatis, tamen poſſidere Legitimam ſuam dici non poteſt, qvia ejus qvantitas hactenus ignoratur, Petrus Anton. de Petra *de Fideic. q. 25. n. 141.* Atqve hinc non uno modo ejusmodi filio gravato ſuccurritur: & qvidem primò per implorationem officii judicis, petendo ſeparationem ſuæ Legitimæ, Phanuc. *de Invent. q. 5. nu. 19.* qva impetrata tutiſſimo filius munitus eſt præſidio, ita ut in caſu contingentis reſtituendæ hereditatis adverſus Fideicommiſſarium immiſſionem petentem fortiter ejusmodi filius defendatur, Cæſar Argelis *de Legitim. contradict. q. 1. artic. 2.* Menoch. de remed. rec. poſſ. *n.* 216. Burſat. *conſ. 9. num. 19. & ſeq.* (2) Subvenitur filio vel ejus heredi tum qvando facienda eſt reſtitutio, exceptione retentionis totius hereditatis, donec detractæ ſint portiones legitimæ & Trebellianicæ.

Eme-

Remediis pro Legitima obtinendis tum demum locus eſt, qvando qvis inſtitutus, ſed vel in portione qvæ Legitimæ qvantitatem non aſcendit, vel qvæ qvidem illam æqvat, cujus tamen ſolutionem ab alio denegatam vel dilatam ſibi qvis fieri poſtulat. Priori caſu competit jure Novo heredi actio ad ſupplementum *l. omnimodo C. de inoff. T. l. ſeq. C. eod. N. 115. c. 5.* cujusmodi ſupplementum iisdem gaudere privilegiis, qvibus ipſa Legitima docet Dn. Card. Tuſch. *T. 5. pract. concluſ. lit. L. concl. 192. n. 19. & ſeq.* qvod pluribus perſeqvitur Dn. Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 8. & ſeq.* Qvalis autem actio hæc ad ſupplementum exiſtat, non uſqveqvaqve expeditum eſt; namqve alii eam hereditatis petitionem, alii act. familiæ erciſc. eſſe contendunt: ſed verior illorum videtur opinio, qvi eam condictionem ex lege eſſe ajunt, qvoniam deſcendit non ex Teſtatoris voluntate, ſed ex nova legis diſpoſitione *d. l. 30.* & Bald. *in auth. presbyteros C. de Ep. & Cler.* Gail. *2. O. 120. n. 1.* Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 27.* Dn. Wurmſerus *in Nucleo J. D. 9. Th. 10.* Ampliſſ. Dn. Hahn. *ad T. de inoff. n. 6.* qvanqvam nihil impedit, qvo minus actio ex Teſtamento eadem vocari qveat, præſertim ſi ex Teſtatoris voluntate ſupplementum illud exigatur *l. 36. C. de inoff. T. & arg. l. qvi in rerum §. ſi qvis poſt. ff. de Leg. 1.*

Præſcriptionem hujus actionis ad ſupplementum qvod attinet, improbamus opinionem Bartoli, qvinqvennio eam ut qverelam inofficioſi terminantis, qvia ex qvo ſupplementum non niſi inſtitutio datur, tenditqve non ad teſtamentorum reſciſſionē ſed potius conſervationem, prædicta Bartoli æqviparatio nulla ratione procedet, Salic. *in l. 34. C. de inoff.* Bachov. *ad Tr. v. 1. D. 13. th. 12. lit. D.* Franc. Hotom *l. 5. O. c. 22.* unde verius exiſtimamus, hanc actionem ut perpetuam durare uſqve ad 30. annos, ſicut hereditatis petitio Gail. *2 O. 120.* Mynſ. *Cent. 2. O. 72.* Nicol. Boer. *deciſ. 250.* Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 33.*

Cæterum actiones qvæ pro Legitima conſeqvenda competunt, ſunt complures, qvarum primò ſe offert hereditatis petitio, *arg. l. 10. §. 1. de her. pet. & l. 1. ſi pars her. pet.* & arg. illorum, qvæ ſupra de qvota hereditatis fuſius petractavimus; qvia eadem & huic qvæſtioni ſolidum fundamentum ſternunt, ut eleganter docet Bachov. *Tr. de*

ret ſufficiat lectorem ad eos remiſiſſe auctores, qvi dictæ controverſiæ lucem pridem fænerarunt clariſſimam, & qvibus nos qvod præter album calculum adjiciamus, non habemus Videantur itaqve Alexand. Trentacinq. *l.* 1. *var. reſol. T. de Legit. reſ.* 3. *n.* 9. *& ſeq.* Andr. Fachin. *l.* 4. *controv. c.* 31. *per tot.* Gail. 2. *O.* 132. Berlich. *p.* 3. *C.* 12. *n.* 11. *& ſeq.* Benedict. Carpzov. *in J. F. p.* 3. *C.* 10. *def.* 12. 13. qvibus omnibus noviſſime jungi meretur Mercurialis Merlinus *de Legitima lib.* 1. *T.* 4. *q.* 3. *&* 4.

Eadem autem qvæ de Legitimæ augmento ratione deſcendentium diſſeruimus, non minus qvoqve locum habent in Legitima aſcendentium *per d. Nov.* 18. *c.* 1. ibi, *hoc obſervando in omnibus perſonis, & arg. l. nam etſi ff. unde lib. l.* 15. *ff. de inoff. teſtam.* Gl. *in d. N.* 18. *c.* 1. Bart. *in auth. Noviſſ. C. de inoff.* Roland. Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ultim. volunt.* Theſſaur. *Deciſ. Pedemont.* 122. *n.* 3. Panciroll. *conſ.* 143. *n.* 1. qvanqvam illud incrementum Trientem excedere, noſtra qvæ eſt vitæ brevitas haut permittat. Hartmann. Hartm. 2. *O. T.* 43. *O.* 6. *n.* 7. niſi qvod interdum forte ob aliarum perſonarum concurſum ille ad Semiſſis qvantitatem aſcendat, puta ſi qvatuor vel qvinqve defuncti filii fratres coexiſterent, tum enim omnium Legitima erit Semis non Triens, Aretin. *conſil.* 78. Dom. Card. Tuſch. *T.* 5. *pract. concl. lit. L. concluſ.* 185. *n.* 9. Nec diverſum ratione augmenti obtinet in Collateralibus propter generalitatem *d. N.* 18. *c.* 1. qvo argumentum illud omnibus conceſſum dicitur, qvi olim de inofficioſo agere poterant, cujusmodi qverelam fratribus & ſororibus turpi perſonâ inſtitutâ competiiſſe liqvet *ex l.* 27. *C. de inoff. Teſtament.* adde Vasq. *de ſucceſſ. creat.* §. 20. *n.* 213. Petr. Gudelin. *de J. Noviſſimo l.* 2. *c.* 7. Trentacinq. *l.* 1. *var. reſolut.* 3. *Tit. de Legit. n.* 5. *&* 14. Berlich. *d. concl.* 17. *n.* 57.

CAP

CAP. II.

Sectio Sexta

De

Cauſa Legitimæ Formali ratione qvalitatis.

APHORISM. I.

LEgitimæ qvalitas vel reſpicit perſonam relinqventis vel perſonam Legitimam exigentis. Illo reſpectu in diſqviſitionem venit nobilis qvæſtio qvo Titulo Legitima relinqvi debeat; ubi diſtingvendum inter jus vetus & novum.

Jure veteri, qvaliscunqve ſufficiebat Titulus; puta donationis ſive inter vivos ſive mortis cauſa, Legati, Fideicommiſſi, §. *ult. J. de inoff. & l. 6. C. eod.* ſi Teſtator hoc expreſſe adjeciſſet, ut in Legitimam imputaretur *l. 35. C. de inoff. l. 8. §. 25. ff. eod.* Item Tit. dotis, donationis propter nuptias *l. 29. C. de inoff.* qvod ſi Teſtator obſervaſſet, excludebatur non tantùm qverela inofficioſi ſed & actio ad ſupplementum *d. §. fin. J. & auth. Noviſſima C. de inoff. Teſtam.* qvod poſtremum tamen J. Codicis immutatum eſt *l. omnimodo C. de inoff. Teſtam.* Verum Jure noviſſimo, qvod extat *in N. 115. c. 3.* Legitima non qvovis Titulo ſed tantùm inſtitutionis præciſè relinqvenda eſt, idqve in Legitima deſcendentium per clariſſima d. N. verba ab omnibus facile conceditur, adde Magn. & Nob. Dn. Præſidem, Fautorem & Patron. noſtrum venerandum *Ex 8. q. 13.* Sunt a. innovationis hujus rationes admodum prægnantes, qvarum prior eſt, qvod Titulus inſtitutionis exiſtat honorabilior *l. 5. §. 6. ff. de Legat. præſt. contra tab. bon. poſſ.* (2.) propter jus accreſcendi *arg. l. un. C. qn. non pet. part. pet.* Donell. *6. Comm. 12. & l. 19. c. 4.* ibiqve Hillig. Bach. *ad Tr. de inoff. th. 12. lit. A.* (3.) propter remedium *L. fin. C. de Edict. D. Hadriani toll.* Merlinus *de Legit. l. 5. T. 2. q. 1. n. 9.*

Neqve verò qvoad inſtituendi neceſſitatem diſcrepantiam Juris Canonici à Jure Civili ullam agnoſcimus, contra Hoſtienſ. *in c. Raynut. x. de teſtam. ibiq.* Butr. qvia illa citra expreſſum Juris Canonici textum temere non eſt admittenda *c. 1. & 2. de nov. oper. nunc.* cujusmodi textum hîc deſideramus: imò contrarium non obſcure

colligitur *ex c. 1. x. de Teſtam. in 6. & c. per tuas x. qvi Filii ſunt Legitimi.* qvam ſententiam fovent Jaſon. *in auth. Noviſſ. C. de inoff. Teſtam. n. 37.* Salic. *in l. ult. C. fam. ercisc.* Didac. Cavarruv. *ad c. Raynut 16. x. de Teſtam. §. 1. n. 10.* Cuch. *de Legit. T. qvo Tit. ſit rel. Legit. n. 46.* Cui conforme omni ex parte etiam eſt Jus Saxon. ut patet ex *Tom. 1. conſult. Saxon. p. 2. q. 31. & Conſt. Elect. 9.* adde Berlich. *p. 3. concl. 16. n. 14.*

Adeo autem hæc inſtituendi ſolennitas ratione deſcendentium neceſſaria eſt, ut ea neglecta ipſa Teſtamenti ſubſtantia corruat, nec qverela in officioſi opus ſit *N. 115. c. 3.* Weſemb. *in P. de inoff. n. 7.* qvomodo etiam reſponſum ab ampliſs. Facultate Juridica Academiæ hujus Jenenſis *An. 1618.* teſte Magnif. Dn. D. Richtero *Deciſ. 40. n. 5.* neqve dictis obſtat *N. 18. c. 1.* qvia illam per *N. 115.* correctam eſſe non improbabilis eſt Berlichii opinio relata *p. 3. concl. 15. n. 8. & ſeq.* adde Johann Wurmſerum illuſtris Academiæ Tubingenſis Anteceſſorem clariſſimum, Dn. Fautorem & Patronum noſtrum obſervandum, *in Nucl. Juris D. 9. th. 9.*

Ampliantur dicta, ut neqvidem in Teſtamento ad pias Cauſas illa ſolennitas omitti qveat, *arg. c. ſi pater 1. x. de Teſtam. in 6.* qvia hæc ſolennitas vanis ac ſuperſtitioſis illis â qvibus hoc genus Teſtamenti liberum eſſe paſſim celebratur, accenſeri haut meretur, vel eò, qvia in favorem & utilitatem liberorum introducta eſt, cui favor piæ cauſæ derogare non poteſt *auth. ſi qva mulier C. de SS. Eccleſ. l. 20. nunc autem C. de Ep. & Cler.* Salic. *in l. 1. C. de SS. Eccleſ.* Imo licet communiter Dd. hunc in Legitima Inſtitutionis defectum *Clauſulam Codicillarem* vel clauſulam *omni meliori modo via & forma*, ſupplere & Teſtamentum aliàs irritum & nullum convalidare pleno ore doceant, tamen non immerito illæ clauſulæ cuiqvam ſuſpectæ videri debent, ut bene advertit Gl. *in auth. ex cauſa C. de lib. præt.* Covarr. *ad d. c. Raynut x. de Teſtam.* Berlich. *p. 3. concl. 15. n. 59.* qvi pluribus rationibus hoc adſtruit: unde illis clauſulis non attentis tale Teſtamentum utpote irritum & nullum concidere, reſponderunt olim hujus Academiæ Dn. Profeſſores, teſte Reuſnero *l. 1. Deciſ. 10. n. 29.* qvibus conformia refert Carpzov. *p. 3. conſt. 9. def. 12.*

Ceſſat tamen dicta inſtitutionis ſolennitas, ſi illa in favorem

libe-

Digitized by Google

liberorum fuerit omiſſa Gl. *in l. ſcimus* §. *repletionem C. de inoff.* Angel. & Dd. *in l. cum filio ff. de V. & P. S.* Berlich. *d. concluſ. 15. n. 54.* qvod notabili reſponſo Scabin. Lipſienſium in Cauſa Hanſen & Georgen der Fiſchere zu Lengefelde / confirmat Dn. Carpzov. *d. p. 3. conſt. 9. def. 11.*

Cæterum non tantum prædicta inſtituendi ſolennitas in deſcendentibus ſed & aſcendentibus qvoties turbato mortalitatis ordine illi liberis ſuis ſuccedunt, ſummè neceſſaria eſt, *per text. expreſ. d. N. 115. c. juſtum autem perſpeximus 4. & 5.* Jaſ. *in auth. Noviſſima n. 37.* & ex natura correlativorum qvando diſpoſitum in uno procedit in alio Bart. *in l. fin. C. de judic.* & qvia ratio correlativorum valet non tantum in materia favorabili, ſed etiam in qvacunqve alia qvantumvis odioſa, Roland Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ult. rubr. 17. n. 22.* Hartm. Hartman. *2. O. T. 43. O. 6. n. 2. & ſeq.* Si autem qværas utrum ergo Fratrum qvoqve Legitima Tit. inſtit. ſit relinqvenda? tum negativæ intrepidè ſubſcribere non dubitamus, idqve per expreſſam diſpoſitionem *d. N. 115. c. 5.* ſtatim in pr. ubi Juſtin. injuriam præteritionis & exhereditationis à ſolis filiis & parentibus per ſolennem hanc inſtitutionem amovere voluit; reliqvis autem, ſi qvid minus portione Legitima relictum fuerit, per actionem ad ſupplementum ſuccurrit; jam vero per reliqvos illos nulli alii indigitare poſſunt, qvam fratres vel ſorores, qvia hiſce Collateralibus Legitima tantum debetur, ſi itaqve inter hos & priores vera debet eſſe oppoſitio, uti negari non poteſt, E. conſeqvitur, fratres in Legitima ſicuti deſcendentes & aſcendentes non eſſe inſtituendos, qvomodo etiam tenent Donell. *6. comm. c. 15.* Merlin. *de Legit. l. 5. T. 2. q. 20. per tot.* Berlich. *p. 3. concl. 15. n. ult.*

Secundo loco admodum relinqvendi pertinet, qvod Legitimæ à Teſtatore onus vel gravamen adjici neqveat *per l. omnimodo l. qua nuper. l. qvoniam & l. ſcimus §. cum autem & §. ſancimus C. de inoff. teſt.* Gl. *in auth. noviſſima C. eod.* Gail. *2. O. 121. n. 8. 9. & 2. O. 129. n. 2.* Vasq. *de ſucceſſ. creat. l. 1. §. 10.* Cuch. *Tr. de legit. Tit. Legitima gravamen.* Cardin. Tuſch. *Tom. 5. pract. concl. lit. L. concluſ. 187.* Berlich. *p. 3. concl. 15. n. 3.* Ratio hujus concluſionis eſt, qvod Legitima non capiatur judicio Teſtatoris ſed ex diſpoſitione Legis *arg. l. cum ratio ff.*

de bon. damn. & *N.* 1. *pr.* §. 2. Jam verò regula eſt, cui nihil relinqverimus à nobis ipſis, eum qvoqve gravare nos non poſſe; item qvem non honoraverimus, eum nec licere onerare §. 1. *J. de ſing. reb. per Fid. rel.* Rittersh. *ad N. p.* 6. *c.* 4. *n.* 27.

Qvando autem onus ſeu gravamen Legitimæ apponi poſſe negatur, tum id non eum ſenſum habet, qvaſi æs alienum & Funeris impenſa poſt detractionem Legitimæ demum deducantur; nam utrumqve Legitimam extenuare & Legitimam demum poſt æris alieni & funeris impenſæ deductionem deberi, ex plorati juris eſt *l. Papinianus* §. 9. *ff. de inoff.* & vel inde conſtat, qvia Legitima regulariter eſt qvota hereditatis; jam vero ſicut in hereditate commoda & incommoda habentur, qvorum omnium heres mediante ſucceſſione particeps factus eſt, Legitimam ceu qvotam hereditatis ſine onere abſolute dici non poſſe manifeſtum eſt, Bach. *ad Tr. v.* 1. *D.* 13. *theſ.* 12. *lit. B.* verum per gravaminis rejectionem hoc loco id propriè innuitur, deducto ære alieno & funeris impenſâ, ex reliqvis bonis Teſtatoris Legitimam heredi ab omni onere vel gravamine debere relinqvi liberam, Gail. 2. *O.* 119 *n.* 11. Chiflet *de port. Leg. c.* 12. qvomodo aliqvoties pronunciatum hac in Academia refert Magnif. Dn. D. Richter. *p.* 2. *Dec.* 41. *n.* 10. 67. & *ſeq.*

Ex qvibus fundamenti loco præſuppoſitis conſeqvitur, Teſtatorem Legitimæ præſtationem ſub conditione aliqva ſuſpendere non poſſe *arg. l. qvoniam ibiq; Salic. l. ſcimus* §. 1. *C. de inoff.* Gomez *var. reſol. Tom.* 1. *c.* 11. *n.* 29. Philibert. *in Tr. de condit. l.* 3. *T.* 5. *n.* 18. Card. Mantica. *de conject. ult. vol. l.* 11. *t.* 18. *n.* 14. & *late* Dn. Merlinus *de Legit. l.* 3. *T.* 2. *q.* 2. *per tot.* qvin, onus indiſtinctè à Legitima rejicitur, ſive ſit in modo, qvantitate, loco aut tempore Alex. *in l. cum dotem n.* 13. *ff. ſol. matr.* Mangil. *Tr. de Imputat q.* 9. *n.* 14. Vasq. *in d. l. qvoniam n.* 273. & *ſeq.* adeò ut oneris nomine hîc non excludatur Legatum vel Fideicommiſſum *l.* 36. §. 1. *C. de inoff. teſt.* Gail. 2. *O.* 119. *per tot.* vel etiam uſusfructus, qvia illæſa debetur Legitima ſive proprietatem ſive uſumfr. reſpicias, *auth. noviſſ. ibiq; Dd.* Claud Chiflet. *de port. Leg. c.* 12. vel deniqve donatio aut alienationis prohibitio, Rittersh. *ad N. p.* 6. *c.* 4. *n.* 27. Omnia enim hæc & ſimilia gravamina cenſentur pro non adjectis; idqve ex auctoritate & diſpoſitione

legis

Digitized by Google

legis, adeo ut nulla petitio, inſtantia, vel heredis declaratio aut proteſtatio pro ſalvanda Legitimæ qvantitate neceſſaria ſit, Vasq. *in l. qvoniam 254.* Peregrin. *Tr. de Fideic. art. 36. n. 86.* Mantica *de conject. ult. vol. l. 7. t. 8.* Joſeph. Ludov. *deciſ. 28. n. 44.*

Ampliantur dicta, ut procedant, etiamſi gravamen favorem piæ cauſæ concernat: ut ut enim de Legatis ad pias cauſas non detrahatur Falcidia nec Trebellianica, *per text. perſpicuum in auth. ſimiliter C. ad L. Falc. ibiq; Gl. & Dd. communiter* Gail. 2. *Obſ.* 119. *n. 6.* imò interdum plus faveatur piæ cauſæ qvam liberis, Hieronym. Pantſchman. *l. 2. qvæſt. 6. n. 20.* Excell. Dn. D. Tabor. *in Analectis ad Barboſam l. 14. c. 95. ax 1.* tamen hoc fallit qvoties agitur de detrahenda Legitima, qvia pia cauſa illi ut magis privilegiatæ derogare non poteſt, per ea qvæ tradit Felin. *in c. in præſentia de probat.* & Jul. Clar. *l. 3. ſentent. in §. Teſtam. q. 6. v. 5.* Merlinus *l. 3. T. 2. q. 5.* Cavalcan. *Deciſ. Fivizanenſ. p. 3. dec 7. n. 27.*

Fallunt tamen dicta de gravaminis aut oneris rejectione, ſi illa heredis favorem concernant, Suarez. *in d. l. qvoniam.* cujusmodi favor cernitur in ſubſtitutione pupillari directa *per l. ex tribus C. de inoff. Teſtam. l. 92. § f. ff. de Leg. 1.* Ratio eſt, qvia Teſtator ſubſtitutum honorat. E. eum qvoq; gravare poteſt *l. 1. §. ſciendum ff de Leg. 3.* Gail. *2. O. 119. n. 14.* confer. Reuſner. *de Teſtam. p. 6. c. 24.* Berlich. *p. 1. Deciſ. 110.* cui rei confirmandæ accedit notabile reſponſum Academiæ hujus noſtræ Salanæ ad reqviſitionem Martini Köhlers zu Oberam Anno 1619. datum, qvod conceptis verbis legere eſt ap. Magnif. Dn. D. Richterum *p. 2. deciſ. 41. n. 12.*

Hactenus de Legitimæ qvalitate ratione perſonæ eam debentis. Seqvitur ut eandem ratione perſonæ exigentis conſideramus. Perſona cui Legitima debetur, eandem exigendi facultatem â morte demum Teſtatoris conſeqvitur, namqve vivente eo nullum exigendi jus habet, ut patet ex *l. cum qværitur C. de inoff. teſt. & l. 1. §. ſi impub. ff. de collat. l. 1. §. interdum ff. de V. & P. S.* Bart. & Bl. *in l. ult. ff de lib. agnoſc.* Roland. Paſſager. *Tr. de Teſtam. & ult. vol. rubr. 17. n. 28.* Myuſ. *cent. 4. O. 25.* Menoch. *l. 2. arb. ind. qvæſt. cent. 2. c. 149.* Claud. de Battandier *de Legit. c. 8. n. 4.* Kremberg. *de ſumt ſtud. qvæſt. 1. n. 29.* Qvibus non obſtat l. 11. *ff. d. lib. & poſthum.* & *l. 1. §. 12. ff. de ſucceſſ. edict.* Vide Nobiliſſ.

Digitized by Google

mativam *per text. l. 35. §. illud, etiam 1. & 2. C. de inoff. teſtam.* Jaſon. *in auth. noviſ.* dummodo tamen acceptatio filii fuerit ſimplex nec juramento ſpecialiter confirmata *c. 2. de pact. in 6.* purpur. *conſ. 307. n. 4.* adde Fachin *4. controv. c. 27.* Cravettam *conſ. 114. n. 16.* Honded. *conſ. 59. l. 1.* Berlich. *p. 3. concl. 14. n. 41.*

CAP. II.

Sectio Septima.

De

Legitimæ Cauſa Finali.

CAuſam Formalem excipit Cauſa Legit. Finalis: quæ ſpectat vel favorem Teſtatoris, vel ejus cui Legitima debetur. Et quidem favore hanc portionis Legitimæ determinationem ei cui debetur Legitima, ex ſupra relatis de Origine & fundamento Legitimæ abunde cognoſci poteſt. Teſtatori autem hanc Legitimæ conſtitutionem prodeſſe, itidem in proclivi eſt; namque cum non tantùm jure naturæ, ſed & civili univerſa hereditas proximis agnatis & cognatis ab inteſtato ſuccedentibus deferatur & verò inter illas non rarò reperiantur qui de eo à quo beneficia ſucceſſionum ſperant, non tantùm non bene mereantur, ſed in vivis eidem quam maximè ægre faciant, ſufficientem tamen exheredationis cauſam non præbeant; hinc ut quodammodo ſaltem futurorum heredum petulantiam vindicandi occaſio & facultas Teſtatori ſupereſſet, cautum eſt *N. 115. c. 3.* ut illos quoad certam ſubſtantiæ portionem privare liceret, ademta illis ratione reſidui, omni inofficioſi querela aut actione ad ſupplementum totius; & hoc eſt quando conſervandorum Teſtamentorum gratia Legitima introducta eſſe dicitur *l. 30. C. de inoff. teſt.* Chiflet. *de port. Legit. c. 5.*

CAP. II.

Sectio Octava.

De

Legitimæ Effectu.

APHORISM. I.

INſigniores Legitimæ effectus ſunt ejusdem ad heredes Transmiſſio & jus retentionis, nec non alia pro ejus poſſeſſione conſequenda competentia remedia.

Remediis pro Legitima obtinendis tum demum locus eſt, qvando qvis inſtitutus, ſed vel in portione qvæ Legitimæ qvantitatem non aſcendit, vel qvæ qvidem illam æqvat, cujus tamen ſolutionem ab alio denegatam vel dilatam ſibi qvis fieri poſtulat. Priori caſu competit jure Novo heredi actio ad ſupplementum *l. omnimodo C. de inoff. T. l. ſeq. C. eod. N. 115. c. 5.* cujusmodi ſupplementum iisdem gaudere privilegiis, qvibus ipſa Legitima docet Dn. Card. Tuſch. *T. 5. pract. concluſ. lit. L. concl. 192. n. 19. & ſeq.* qvod pluribus perſeqvitur Dn. Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 8. & ſeq.* Qvalis autem actio hæc ad ſupplementum exiſtat, non uſqveqvaqve expeditum eſt; namqve alii eam hereditatis petitionem, alii act. familiæ erciſc. eſſe contendunt: ſed verior illorum videtur opinio, qvi eam condictionem ex lege eſſe ajunt, qvoniam deſcendit non ex Teſtatoris voluntate, ſed ex nova legis diſpoſitione *d. l. 30.* & Bald. *in auth. presbyteros C. de Ep. & Cler.* Gail. *2. O. 120. n. 1.* Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 27.* Dn. Wurmſerus *in Nncleo J. D. 9. Th. 10.* Ampliſſ. Dn. Hahn. *ad T. de inoff. n. 6.* qvanqvam nihil impedit, qvo minus actio ex Teſtamento eadem vocari qveat, præſertim ſi ex Teſtatoris voluntate ſupplementum illud exigatur *l. 36. C. de inoff. T. & arg. l. qvi in rerum §. ſi qvis poſt. ff. de Leg. 1.*

Præſcriptionem hujus actionis ad ſupplementum qvod attinet, improbamus opinionem Bartoli, qvinqvennio eam ut qverelam inofficioſi terminantis, qvia ex qvo ſupplementum non niſi inſtitutio datur, tenditqve non ad teſtamentorum reſciſſionē ſed potius conſervationem, prædicta Bartoli æqviparatio nulla ratione procedet, Salic. *in l. 34. C. de inoff.* Bachov. *ad Tr. v. 1. D. 13. th. 12. lit. D.* Franc. Hotom *l. 5. O. c. 22.* unde verius exiſtimamus, hanc actionem ut perpetuam durare uſqve ad 30. annos, ſicut hereditatis petitio Gail. *2 O. 120.* Mynſ. *Cent. 2. O. 72.* Nicol. Boer. *deciſ. 250.* Berlich. *p. 3. concl. 13. n. 33.*

Cæterum actiones qvæ pro Legitima conſeqvenda competunt, ſunt complures, qvarum primò ſe offert hereditatis petitio; *arg. l. 10. §. 1. de her. pet. & l. 1. ſi pars her. pet.* & arg. illorum, qvæ ſupra de qvota hereditatis fuſius pertractavimus; qvia eadem & huic qvæſtioni ſolidum fundamentum ſternunt, ut eleganter docet Bachov. *Tr. de*

Act. D. 2. th. 7. lit. A. & Alv. Valaſcus *in Praxi Partit & Collat. 18. inf.* Franc. de Barry *d. l. 16. T. 13. num. 3.* Altera actio eſt familiæ erciſc. *arg. l. 35. pr. & § 1. de her. & inſt. & arg. l. 2. §. fam. erciſc.* Claud. Chiflet. *c. 15.* Mangil. *de Imput. q. 13. n. 3.* (3.) qvandoqve pro Legitima datur remedium *l fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* ibiqve Bl. & fuſe Menoch. *de remed. ad. p poſſ. 4. n. 158.* Merlinus *de Legit. l. 5. T. 4. q. 3.* (4.) non incongrue pro ea competere interdictum Salvianum docet Statil. Pacific. *de Salv. interd. inſp. 3. c. 4. n. 54.* Petr. Anton. de Petra *Tr. de Fideicom. q. 15.* præſuppoſito tamen hoc qvod Legitimam petens in ea ſit inſtitutus, qvia tunc datur hypotheca, pro qva interdictum Salvianum competere, expeditum eſt, ſicuti illa ceſſante & hoc deficit Mareſcot. *l. 2. var. reſ. c. 117. n. 9.* Statil. Pacific. *inſp. 1. c. 6.* Deniqve inſtituto in legitima interdictum Qvorum bonorum tribuit Bernhard. Wiedenbruck. *Tr. method. de interdict. c. 3. n. 29.*

Atqve ita hactenus de Legitimæ Propriis: qvibus nunc ſubjungi juxta inſtituti rationem & Cognata deberent; verum qvia jam præter opinionem noſtra hæc excrevit diſſertatio, illa hac vice prætermittere, & paucula de Legitimæ contrariis colophonis loco adjicere animus eſt.

CAP. II.

Sectio Nona.

De

Legitimæ Contrariis.

APHORISM. I.

Legitimæ portionis contraria ſpectantur vel in Teſtatoris voluntate vel in proprio heredis facto, vel deniqve in Legis aut ſtatuti prohibitione.

Teſtatoris Legitimæ contrariam voluntatem manifeſtè prodit heredis ab inteſtato futuri cum elogio facta & poſt à ſcripto herede ceu juſta comprobata exheredatio. Et juſtam qvidem exheredationem eam appellamus, qvæ provenit ex cauſis illi ſuſtinendæ à jure determinatis; qvarum cauſarum liberos à ſucceſſione excludunt, *qvatuordecim*; parentes, *octo*, *N. 115. c. 3. & 4.* Fratres verò *tres*, *N. 22. c. 47.* Ratio qvod exheredationi ſufficientes cauſæ & ad Legitimæ priva-

privationem ſufficiant, eſt in promtu; qvia illæ qverelam inofficioſi & per conſeqvens totam ſuccedendi ſpem excludunt: Ergo multò magis certa qvadam portione heredes ab inteſtato futuros privandi vim habent, qvia totum qvi poteſt adimere, qvidni & partem? *arg. c. paſtor. 10. x. de off deleg.* Excell. Dn. Tabor *l. 18. ad Barboſam c. 22. ax. 2.* qvomodo etiam in terminis tradunt Peregrinus de Fideic. *art. 36. n. 142.* Jul. Pac. *l. 3. method. Cod. tit. de inoff. Teſt. n. 35.*

Proprio facto Legitima amittitur vel *renunciatione* vel culpa. *Renunciatio* fit vel vivente Teſtatore vel poſt mortem ejus, qn. delata eſt hereditas. Illa qvæ contingit vivo Teſtatore, tametſi jure noſtro civili regulariter improbata ſit, ut latè oſtendit Barthold. Kellenbentz *Tr. de renunc. ſucc. q. 1. & 2.* tamen jure Pontificio, qvod habetur *in c. qvamvis. x. de pact. in 6.* ſi illa juramento fuerit communita, vim ſuam ſortietur, ut ejusmod renuncians non tantum à ſucceſſione, ſed & Legitima excluſus cenſeatur; modò ejusmodi renuncianti e. g. filiæ aliqvid qvod vicem Legitimæ ſubeat, licet eam non æqvet, puta dos vel alimenta à Teſtatore reliqvantur, qvia *d. c. qvamvis,* correctorium juris civ. loqvitur tantum in terminis dotatæ Bachov. *ad Tr. c. 1. D. 6. th. 8. lit. G.*

Neqve intereſt hoc caſu, utrum renunciatio fuerit facta generalis an ſpecialis; qvia juramentum renunciationi conjunctum habet vim ſpecialis expreſſionis, & perinde eſt, ac ſi de ea facta eſſet mentio, Tiraqvell. *in l. ſi magnam C. de revoc. don.* Rolland à Valle *Conſ. 99. n. 19. 20. v. 4.* Dn. Benedict. Carpzovius *in J. F. p. 2. C. 35. def. 16.*

Idqve multò magis altero caſu obtinebit, qvando jam delatæ hereditati renunciatio facta eſt, qvia tum qvantitatis bonorum certioratio mediante inventario renuncianti fieri debet, ut ita omnibus bonis renuncians de Legitima qvoqve cogitaſſe præſumatur, qvia omne qvi dicit, nihil excludit *l. ſi is qvi §. utrum ff. de reb. dub. l. 68. in pr. ff. de Leg. 3.* videatur omninò Kellenbenz *d. Tr. de renunc. ſucc. q. 4. ſub f.*

Cæterùm illud qvoqve, ut jam ſupra innuimus, nihil refert, utrum renunciantis portio pro dote aſſignata Legitimæ qvantitatem æqvet, nec ne, qvia filia renunciatam hanc portionem acceptans, tanti Legitimam æſtimaſſe & de ea qvaſi tranſegiſſe videtur

Digitized by Google

l.35.§.& generaliter C. de inoff. Teſt. Faber. *de Error. pragm. decade 14. err. 4.* Bach. ad Tr. *v.1. D.6. th. 8. lit. G.* Facit qvod filia honeſtè elocata de Legitima conqverendi jus non habeat, cum juxta Forcat. *de collat. p.2. n.17.* dos exiſtat dandæ Legitimæ portionis qvædam præcipitatio, in eum finem, ut ſexui & pudicitiæ conſulatur. Neqve etiam Jure noſtro eadem dotis qvæ Legitimæ qvantitas introducta eſt, qvia dos tantùm mulieribus danda, ut eo facilius nubendi conditionem inveniant *l. 2. ff. de J. dot. l. 1. ff. ſol. matr.* qvam ſi dote vel minima invenerint, hanc dotationem ut vitioſam accuſare, aut ejus ſupplementum ad Legitimæ qvantitatem commenſurandum petere neqveunt, Laurent. de Pinu *conſ. 108. n. 10.* Qvanqvam ſilentio involvendum hoc loco non eſt, potiſſimam rationem, qvare h. nullum ſupplementi petendi jus ſuperſit, deſumendam eſſe ex vi appoſiti juramenti, cujusmodi perpetuò ſervandum eſt, qvoties citra animæ periculum id fieri poteſt, ut communis eſt Canoniſtarum doctrina, & hoc etiam in tali caſu, ubi dos minima vel etiam planè nulla renuncianti puellæ numerata eſſet, Corn. *conſ. 291. v.3.* Fachin. *7. controv. c.24.* Pariſ. *conſ.26. n. 69. v.3.* Kellenbentz. *de renunc. q. 42. num.27.* dummodo tamen iniqvitas, metus, vis, dolus à renunciatione hac exulent, nec illis fœmina ad renunciandum inducta vel compulſa fuerit, ut recte limitat Kellenbentz *d. Tr. q. 42. à n. 51. usq. ad finem*: adde Sichardum *in l.3. C. de collat. dot.*

Culpa à Legitima excludens conſiſtit vel in committendo vel omittendo. *Committendo*, qvando filius qvatuordecim annis major delinqvens, mulctam ſolvendam ex Conſuetudine vel Statuto à patre loco Legitimæ exigit *arg. c. 2. x. de delict. puer.* qvo ipſo filius omnem futuræ ſucceſſionis aut Legitimæ ſpem ſibi aufert, Excell. Dn. Wurmſerus *in Nucl. iuris D.9. in Coroll.* ubi ſimul rationem ejus ſtatuti aſſignat.

Item huc pertinet ille heres, qvi portionem ſuam Legitimam ab alio poſſeſſam propria auctoritate vindicat *arg. l. non dubium C. de Legat. & l. ſi qvis in tantum C. unde vi.* Petr. Gregor. *Syntagm. l.44. c.5. n.6.* qvanqvam ſecus foret ſi hereditatis vacua poſſeſſio eſſet, vel eadem ſtatuto absqve corporali apprehenſione in heredem continuaretur, Mercur. Merlinus *de Legit. T. 4. q. 8.*

Omit-

Digitized by Google

Omittendo Legitimâ heredem privari, docent Dd. ſi inventarium facere neglexerit, ſed hoc tantum reſpectu Creditorum ex cauſa onerosâ debita exigentium, qvibus heres non confecto inventario in ſolidum obligatus eſt *l. fin. §. 1. 2. C. de J. delib. N. 1. c. 4.* Verum enim verò fruſtra qværimus de amittenda Legitima præſertim ſi hereditas tota gravata eſt ejusmodi ære alieno, qvia Legitima ut ut ſine onere debeatur, æris tamen alieni deductio eam ſemper præcedit, etiamſi inventarii confectio rite obſervata fuiſſet: unde qvod hoc caſu ubi illa omiſſa eſt, Legitima detrahi neqveat, fit tantùm per conſeqventiam, dum omnibus oneribus hereditariis heres ſe obnoxium reddit; qvanqvam onus detrahendi æris alieni ante Legitimæ deductionem effugere idem vel in ſolenni inventarii confectione non potuiſſet; unde verior & communior habetur opinio, Legitimam omiſſione inventarii non amitti, niſi de fraude & bonorum interverſione manifeſtò probetur Andr. Gail. *2. O. 138. n. 14.* cui ſententiæ vulgari ceu æqviori & favorabiliori in praxi inherendum eſſe cenſet Conr. Rittershuſius *ad N. p. 6. c. 8. n. 38.* Ita pariter nec illam ſufficientem Legitimâ privandi cauſam eſſe cenſemus, ſi heres Legata ad pias cauſas ſolvere neglexerit, ex generalitate *N. 1. §. ſi qvis a. non implens*, à qva diſpoſitione pia cauſa nuſpiam excepta legitur, & facit, ut ſupra oſtendimus, qvod Legitimæ favor piæ cauſæ favori præponderet Ferd. Vaſq. *de ſucc. creat. §. 22. limit. 42. n. 17.*

Qvod ſi tamen ob omiſſionem ulla Legitimæ privatio eſt, erit 10
ejusdem vel etiam ſupplementi neglecta per 30. annos petitio, qvia non tantùm hæreditatis petitio ſed & condictio perſonalis hoc demum ſpacio præſcribitur *l. 2. §. hæc apertiſſima C. de conſt. pec.* adde Gail. *2. O. 120.* Berlich. *p. 3. C. 13. n. 33.* Qvo etiam referri debet caſus qu mater & proximi agnati intra certum tempus pupillis tutores petere negligentes universâ ſucceſſione in bonis pupilli privantur *l. 10. C. de Legit. her. l. ult. C. qvi pet. Tut. l. 12. ff. eod. §. 5. J. de SC. Tertull.* Schneidvv. *ad T. I. de hered. qvæ ab inteſt. de ſec. ord. ſucc.*

Lege vel *ſtatuto* adimitur Legitima 1. Fœminis à ſucceſſione ex- 11
cluſis, dote tamen congrua iis aſſiganta, de cujus conſtitutionis æqvitate jam ſupra egimus, confer Heig. *p. 2. qvæſt. 25. n. 25.* non obſtante, qvod Jaſon. *ad auth. noviſſima*, in ejusmodi ſtatuto Legitimæ

nullam fieri mentionem, ideoqve communi juris diſpoſitioni illam ſubjacere contendit; nam excluſus à ſucceſſione, à Legitima qvoqve excluſus cenſetur, qvia totum continet ſingulas partes utpote qvæ toti integrali includuntur *l. 1. §. 4. ff. de V. O. l. 19. ff. de uſufr. leg. l. 114 de R. l. c. 15. c. 80. de R. I. in 6.* Feder. de Senis *Conſ. 159.* & hoc adeò verum eſt, ut fœminæ per ſtatutum à ſucceſſione in favorem maſculorum excluſæ, etiamſi maſculi deficerent, tamen ſuccedendi aut Legitimam petendi facultatem non recuperent, qvomodo in terminis tenent Bart. *in l. ff. ad SC. Tertull.* Bald. *in auth. ſed ſi qvis n. 10. col. 5. C. de ſec. nupt.* Cephal. *Conſ. 313. l. 3.* Johan. Vincent. Hondet. *Conſ. 65. & Deciſion. vol. 2. p. 1. Deciſ. 9.* Menoch. *Conſ. 206.* Ratio videtur qvia maſculi per aditionem ſemel factam hereditatem cum ſuo patrimonio confuderunt, ut ita non amplius patrimonium patris, ſed fratris cenſeatur, adeoqve ejusdem heredibus illud diſtribuendi poteſtas facta videatur, cæteris à patre ſuo deſcendentibus in totum excluſis: neqve hoc mirum, qvia cum vi ſtatuti maſculis tantùm hereditas deferatur, & per exiſtentiam fratrum ſtatuto ſatisfactum, fœminæqve ſemel excluſæ ſint, utiqve dictæ fœminæ ſucceſſionem ſuam ſemel extinctam per mortem fratrum poſt ſupervenientem reſuſcitare non poſſunt, cum à privatione ad habitum non detur regreſſus *l. eius qvi in prov. ff. ſi cert. pet.* Nec diverſum qvoad hoc in ſucceſſione Feudali; vide Merculialem Merlinum *de Legit. l. 3. q. 3.*

12. Deniqve à Lege Mater ſua Legitima privatur in bonis filii cui pater pupillariter ſubſtituit *l. Papinianus §. ſed nec impuberis ff. de inoff. Teſtam. c. ſi pater x. de Teſtam. in 6.* Claudius de Bartandier *de Legit. c. pen. n. 13.*

Et tantum de nobiliſſima hac Legitimæ materia; qvia plura addere nec temporis nec inſtituti ratio permittit: ſit itaqve hic terminus, & termini omnis aut principii neſcio Triuni:

DEO Laus honor & gloria in infinita ſeculorum ſecula.

DIS-

DISSERTATIO NONA.

DE

NOVI OPERIS NUNCIATIONE,

Autore

D. JOHANNE CHRISTOPHORO
[redacted]EXIO, h. t. Cancell. Saxo-Martisb.

Pro Gradu Jehnæ,

Anno 1655.

CUM DEO.

CUm in cujusvis thematis inſtituto præmittenda ſit qvædam vocabulorum explicatio: præſens autem hoc noſtrum ſit verbis complexum; haud abs re facturus videor, ſi id præſtare annitar tam ſingulorum vocabulorum ſeorſim, qvam univerſorum in compoſitione indagine. Huic à penſo ſolum cedunt voc. *nunciatio*; deinde tota conſtructio *novi operis nunciatio*. Nam de illis *novum*, & *opus* ſive ita diviſim, ſive conjunctim ſumtis *novum opus*, commodius agetur infra *theſ. 50. & 51.* 1.

Vox *nunciatio* autem qvoad etymologiam deducitur à verbo nunciare: qvod porrò eſt à nuncius. De qvo Lexicographi. Homonymia vi conjugationis ab ejusdem verbi nunciare ambiguitate pendet. Illud verò præter vulgaria ſignificata in jure denotat 1. admonere, vel certiorem facere *l. 1. §. 10. 12. 14. ff. de ventr. inſpic. innct.* 2.

l. 5. §. 5. & 10. h. 2. Deferre *l. 39 §. 1. ff. de iur. fiſc. l. 6. §. 3. ff. ad SCt. Turpill.* 3. in ſpecie novum opus nunciare *l. 1. pr. l. 20. §. 1. ff. h. l. 15. §. 17. h. junct. l. un. §. 3. ff. de remiſſ. l. 1 §. 7. junct. l. 20. pr. h.*

3. Phraſis novum opus nunciare & inde novi operis nunciatio notionaliter hic ſumitur ut terminus artis. E. vulgaria ſignificata & ipſa mitto. In jure vero accipitur 1. Latiſſimè, ut planè etiam includat damni infecti ſtipulationem *l. 1. §. 17. & 18. h. argt. l. 3. §. 6. ff. quod vi aut clam.* 2. Latè excluſa damni infecti ſtipulatione *l. 1. §. ult. junct. l. 13. §. 8. ff. de damn. infect.* ut tamen contineat proteſtationem *d. l. 5. §. 7. h.* 3. ſtrictè excluſa proteſtatione *l. 5. §. 7. h.* ut tamen complectatur omnem nunciandi formam. *l. 5. §. 8. junct. §. 10. l. 16. h. & tot. tit.* niſi ſpecialitas qvædam oſtendatur. 4. ſtrictius, excluſa nunciatione Prætoria, pro reliqvis formis duabus *l. 1. §. 2. & 4. l. 3. §. 1. & 2. vid. th. 55.* 5. Strictiſſimè pro ſola verbali *l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. h.* qvod ſi locorum allegatorum aliqvibus non tota phraſis, ſed vocabulum ſimplex nunciare ſive nunciatio deprehendatur, accipiendum id eſt juxta *th. 2. inf.* pro ſynonymo phraſeos integræ & verba novum opus ſive novi operis ſubaudienda ſunt. Utriusqve autem Phraſeos Homonymia una eſt, cum vi conjugationis, tum qvod promiſcuè uſurpantur in hac ipſa materia *l. 1. §. 6. junct. l. 5. §. 10. h. l. 20. pr. & §. 1. l. 3. l. ult. junct. l. 5. pr. d. l. 5. §. 1. & paſſim.* & ab una ad alteram infertur *l. 1. §. 2.* Hujus loci illa eſt, qvæ complectitur titulum *ff. & C. de nov. op. nunciat.* Itaqve damni infecti ſtipulationem excludit, qvippe de qva in ff. peculiari tit. agitur ut & proteſtationem *l. 5. §. 7. h.*

4. Synonyma ſunt novum opus nunciare, vel denunciare: per hactenus dicta. Item ſimplex verbum nunciare *t. t. paſſim,* vel denunciare *l. 5. §. 5.* renunciare *l. 5. §. 3. inf. junct. l. 11. & l. 1. §. 5.* nunciatio & novi operis denunciatio *l. 5. §. 10.* qvæ ipſa qvoqve conjugatorum locum mutuo obtinent.

5. Eſt autem novi operis nunciatio, ut ad rem ipſam progrediamur, denunciatio legitima ejus, cui jus eſt adverſum molientem novum opus, formâ jure definitâ, ne qvid novi operis fiat: qva opus impeditur ſub pœna reſtitutionis, qvamdiu nunciatio tenet. Hujus definitionis reſolutione, & ſingulorum membrorum explicatione tot[illegible] conſtabit negotium. Dici-

Digitized by Google

Dicitur autem I. Denunciatio, qvod Generis loco pono: ſumto nempe vocabulo latius, non qvatenus *Th. 4.* inter ſynonyma novi operis nunciationis retuli. Tum enim rectè Generis loco ſtare arbitror, qvod ambitu ſuo præter noſtram nunciationem non tantum illam damni infecti, ſed qvamcunqve vel ſecundum vulgarem ſignificatum complectitur admonitionem aut intimationem *l. 1. §. 10. 11. 14. ff. de ventr. inſpic.* Non abſurdè etiam vocabulum nunciatio ipſum Generis loco conſtitutum fuiſſet æqvè ſenſu latiori ſumtum. Verum cum in hac materia nimis freqventer tanqvàm ſynonymum novi operis nunciationis occurrat, ſatius duxi eo abſtinere. Reliqva definitionis pars conſtituit differentiam ſpecificam petitam à cauſis, effectu & contrariis & dicitur qvidem. 6

II. Legitima. Qvod vocabulum cùm aliàs qvoqve ſæpe efficienter accipiatur pro eo, qvod à lege, ſive jure eſt tanqvam effectus à ſua cauſa, ut legitima tutela, legitima ſucceſſio &c. & hîc denotat id, qvod à lege eſt. Nam nunciationem abſolutè conſideratam ut remedium juris ſine implicatione reſpectus ad eum, cui competit ipſo actu, à jure eſſe patet ex *l. 1. pr. l. 20. pr. & §. 9. l. 1. §. 15. h.* 7

Eſt autem illa lex alia ratione originis; alia ratione progreſſus. Eqvidem qvantum ad nunciationem prætoriam, ea ratione originis primævæ potius ex officio prætoris, qvam lege eſſe videtur: præſertim cum legis, qvæ de ea diſpoſuerit ante edictum, veſtigia nulla habeantur: Qvatenus tamen & ipſa deinde edicto Prætoris concluſa fuit, conſeqventer inde formam accepit *arg. l. 5. §. 10. h.* ipſa etiam rectè legitima dicitur. Imo qvat. magiſtratus eſt lex loqvens *Cic. 3. de LL.* & judex δίκαιον ἔμψυχον *Ariſt. 5. Ethic. c. 4.* etiam hoc reſpectu ratione originis. 8

Illa qvæ fit jactu lapilli natales habere videtur ex ipſa ll. XII. tabb. diſpoſitione, qvæ vim feſtucariam in forum inducebat *Gell. lib. 20. c. 9.* cujus imaginem & ea gerit *l. 5. 10. h.* Verum & ipſa informis videtur extitiſſe usqve ad edictum, qvo conprehenſa juxta *d. l. 5. §. 10.* eam, qvam hodie præ ſe fert, accepit formam. 9

Unde omnem nunciationis formam, ſaltem qvà talis eſt, qvalis eſt hodiè, ratione originis ex edicto eſſe concludo. Qvod tandem de verbali nemo in dubium vocat *l. 1. pr. & t. t.* cum potius ſint 10

qvi edictum vel ad eam ſolam ſint reſtringere contendunt. Imo hæc eſſe ſuum ſimpliciter habet ab edicto *l. 1 pr. h. l. 20. pr. eod.* juncto hoc, qvod nulla antiqviora ejus extent monumenta.

11. Ipſum edictum verbis non habetur, niſi interdictum in *l. 20 pr. & §. 9* eo loco cum qvibusdam conſtituere velis Senſu vero habetur circiter tale: Adverſus eum, qvi novum opus fecerit, qvo noceatur alteri, nunciandi jus poteſtasqve eſto. Et huc collimat particula *hoc in l. 1. pr. h.* demonſtrativa etiam alias non tantum rei, qvæ oculis ſubjicitur, ſed & ejus qvæ animo obverſatur *arg. l. 1. pr. ff. ne qvis eum qvi in int. voc. l. un. §. 3. & 4. ff. ſi qvis ius dicent. non obtemp.*

12. Nec verò hoc, nec ullum edictum, vel deniqve univerſum jus Prætorium per ſe & qvat, à jurisdictione Prætoris *l. 2. §. 27. & ſeq. ff. de O. J.* eſt, vim juris habet. Hoc qvippe à ſola majeſtate eſt *Ariſt. 4. Pol. c. 14.* ſed qvatenus adjuvandi, ſupplendi vel corrigendi juris civilis cauſa *l. 7. ff. de Juſt. & Jur.* propoſita tacito populi conſenſu firmabantur. Hactenus autem juribus rectè accenſentur *§. 7. Inſt. de J. N. G. & C. l. 7. & 8. ff. de Juſt. & Jur.*

13. Progreſſu temporis Edicto huic acceſſerunt, interpretatio ICtorum *t. t. h.* Conſtitutiones principum antiqvior l. un. C. h. t. & recentior Nov. 63. & Pontificium *extr. de nov. op. nunciat.* tandemq; & alia hinc inde per Pandectas & C. ſparſa jura ad hunc articulum pertinentia.

14. De interpretationis ICtorum & Jur. Can. valore idem ferè eſt judicium, qvod de edictis Prætorum. Neutrum per ſe & ex ſe valet in vim juris *l. ult. C. de LL. Ariſt. 4. Pol. c. 14.* Hoc tamen qvatenus conſuetudine eſt receptum *arg. l. 32. ff. de LL.* Illa qvoad ea, qvæ ipſi aliunde accedunt vel intrinſecè ab objecto, ſi nempe interpretatio virtualiter in lege latebat *l. 6. ff. de V. S. l. 12. & 13. de LL.* vel extrinſecè. Qvod factum vel uſu & tritura fori primis illis ante Auguſtum temporibus *l. 2. §. 5. ff. de O. J. junct. §. 8. Inſt. d. I. N. G. & C.* vel autoritate imperatoria inde ab Auguſto usqve ad Juſtinianum *d. §. 8. Inſt. de I. N. G. & C. & l. 2. §. 27. ff. de O. I. l. 1. §. 4. C. de I. V. E.* vel deniqve generali in Legem Juſtinianeam transfuſione *l. 1. §. 4. junct. §. 6. in f. de I. V. E.*

15. Qvemadmodum vero jura hactenus enarrata, qva jura, ab iis prin-

principaliter ſunt, qvî majeſtate pollent; ita aliorum ea prodieſunt miniſterio, Prætoris ſc. edictum. Qvisnam vero Prætor ille fuerit, reperire non licuit: interpretationis ICti: Canonum Pontifices: Conſtitutionum deniqve l. un. C. h. t. & Nov. 63. illi, qvorum conſilio uſus eſt Imp. qvò refero Senatum *arg. l. 8. C. de LL.*

Summa autem ratione Edictum, imprimis qvoad nunciationem verbalem, introductum fuit. Cum non tantum utile, ſed etiam neceſſarium eſſet *l. 5. §. 10. h.* Nam nec licentia propria auctoritate deſtruendi, ſi ædificetur in noſtro & à nobis poſſeſſo *l. 29. §. 1. ff. ad L. Aqvil. l. fin. §. 2. ff. qvod vi aut clam junct. l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat*, aut tantum Poſſeſſo *l. 1. & 2. C. ut nem. lic. fin. jud. l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat*: Nec ſi in alieno, actio confeſſoria non tantum ad intereſſe *l. 4. §. 1. ff. ſi ſervit. vindic:* ſed etiam ad demolitionem *arg. l. pen. inf. §. ult. ſi uſuſr. pet.* Nec ſi in noſtro qvidem, ſed non poſſeſſo, rei vindicatio *l. 25. ff. de O. & A. junct. l. 68. ff. de R. V.* Aut ſi dictis remediis etiam addere libet nunciationem Prætoriam & eam, qvæ fiebat jactu lapilli *per th. 8. & 9.* Nec tandem univerſaliſſimum remedium, interdictum *qvod vi aut clam l. 1. pr. §. 1. 5. & ſeqq. qvod vi aut clam* ſufficiebant. Nam deſtructio illa ſæpe facto & jure impediebatur *arg. l. 176. de R. J. l. 13. §. 3. de uſuſr.* & ad caſum poſſeſſionis reſtricta erat. *l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat. junct. l. 5. §. 8. & 10. h.* Ita & officium Prætoris occupationum multitudine. Actiones autem ordinariæ ſive confeſſoria ſecundò, ſive rei vindicatio tertio caſu minus commodi habent interdictis *arg. l. 24. ff. de R. V. l. 3. C. de interd.* Cœtera etiam nunciationum formæ informes erant *th. ſupr. 8. & 9.* nuc ad omnes cauſas pertinuiſſe videntur *arg. l. 5. §. 10.* Qvantum ad interdictum *qvod vi aut clam*, præterqvam qvod dubium eſt, utrum horum ſit antiqvius *arg. l. 1. §. 5. & ſeqq. qvod vi aut clam*, & qvod probabilius à particulari ad univerſale ſit progreſſus juris, etiam hoc accedit, qvod hoc noſtrum eſt plenius. 1. qvia ſpeciale *arg. l. 1. §. 1 h.* at ſpecies genere eſt perfectior. 2. perpetuum *l. 20. §. 6.* illud non, item *l. 15. §. 3. ff. qvod vi aut clam.* 3. Compendioſius *l. 1. pr. & §. 7. l. 20. per tot.* cum in altero probationibus opus ſit *arg. l. 1. ff. qvod vi aut clam.* 16.

Reliqvorum, qvæ edictum ſecuta ſunt, jurium cauſæ facile patent. 17.

tent. Interpretes operam ſuam legibus explicandis impenderunt, partim ob neceſſitatem. *l. 2. §. 5. ff. de O. J.* partim ex officio vel ad preces aliorum *d. l. 2. §. 35.* Juſtinianus publica cura jurium priorum confirmandorum declarandorum & emendandorum ergo tulit conſtitutiones ſuas: Pontifices deniq; malè feriato imperandi pruritu, ut imperium iniqvum qvavis occaſione lege munirent.

18. III. Ejus cui Jus est, ſc. nunciandi. Qvibus notatur porro cauſa efficiens nunciationis relatè in ordine ad perſonam, cui competit, conſideratæ: qvæ in abſtracto jus eſt, non conſtitutionis, ut hactenus ſed partis *l. 1. §. 15. 16. 17. 18. 19. l. 5. §. 6. 8. 9. 10. l. 8. §. 2. l. 15. h. l. un §. 3. ff. de remiſſ.* facit porro qvod non qvilibet, *l. 3. §. 1. 2. 3. 4. l. 5. §. 1. h.* nec ex qvavis cauſa nunciare poteſt *d. l. 3. §. 1. & 2. l. 5. pr. & c. a. t. h.* In concreto eſt perſona, cui jus illud competit. Qvam ſi alio reſpectu ſubjectum agens dicere malueris, nihil erraveris. Verum ſufficiat rem in abſtracto conſiderare, cum ab eo ad concretum valeat conſeqventia, unde eſt qvod eadem opera idem de utraq; aſſeritur.

19. Eſt autem illud jus vel verum vel præſumtum *arg. l. 1. pr. & § 7. l. 26. §. 1. h.* & in dubio præſumtio illa ſemper eſt pro nunciante *arg. dd. ll. & l. 15. verſ. idemq; usq; ad fin.* Rat. ſunt 1. ex parte Prætoris, ejus contemtus *l. 20. § l. ult. ne quid in loc. publ.* 2. nunciantis, periculum læſionis in mora poſitum *arg. l. ult. C. in qvib. cauſ. in integ. reſt. nec non eſt.* 3. nunciati, ſuſpicio juſta iniqvitatis, inde, qvod remediis contra nunciationem promtiſſimis, remiſſione & ſatisdatione *l. 5. §. 17. l. 7. l. 20. pr. & §. 9. l. 21. §. 1. l. un. §. 2. de remiſſ.* uſus non eſt. Atq; ita accipienda, qvæ in *d. l. 1. pr. & l. 20. §. 3.* habentur, nunciationem tenere ſive jure (revera & veritate inſpecta) ſive (qvoad rei veritatem) injuria factam Cum poſteriori caſu in dubio eam ſuſtineat præſumtio *d. l. 20. §. 1. inf. & §. 4. eod. h.*

20. Unde ex adverſo conſeqvitur, deficiente & jure nunciandi ipſo, & præſumtione illa, nunciationem ita in caſu notoriæ injuriæ non tenere. Cui addo porro 1. qvod veritate iniqvitatis ex poſtfacto deprehenſa nunciatio remittitur *l. un. pr. & §. 2. de remiſſ.* E. ea ab initio manifeſta exiſtente minus admittetur nunciatio *arg. l. 1. ff. de his qvi ſui vel alien. ſunt iur.* 2. etiam alias in cauſis Edictalibus in caſu notoriæ iniqvitatis impune non paretur. *l. 1. §. ult. l. 2. ff. ne quis*

Digitized by Google

eum qvi in ius voc. 3. Idem accidit in caſu ſpolii *c. fin. de reſtit. ſpoliat. junct. c.* 1. & 7. *eod. l. pen.* §. 2. *de praſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* Deſertionis *c.* 4. *extr. de divort.* Appellationis *c.* 13. & 14. *extr. de appell. junct. l.* 1. §. *fin. ff. ad SCt. Turpill. l.* 16. *ff. de appellat. t. t. ff. nihil innovar. appell. pend.* 4. faciunt *l.* 1. *pr. ff. de minor. l.* 4. *ff. de eo qvod cert. loc. l.* 1. *C. de his qvi ven. ætat. impetr.* 5. Qvod juramentum calumniæ exigitur *l.* 5. §. 14. *junct. l.* 4. *pr. ff. de in lit. jur. l.* 2. §. 3. *l. ult. C. de jure jur. propter calum.* 6. *l. un. C. h. t.*

Hoc verò jus aliud eſt in cauſa publica, aliud in privatâ *l.* 1. §. 17. *l.* 5. § 9. *h.* Cauſa publica eſt qvoties vel contra leges ædificiorũ *l.* 1. §. 17. *l.* 5. §. 9. vel in loco publico aut ſacro, religioſove opus ſit *l.* 1. §. 1. & 17. *h.* Exempla ſunt verbis mare & litus, ſententia omnes res communes, modo ſua natura ſint habiles, ut in iis opus fieri poſſit, pertinet, qvod jure G. ſuum facit, qvi ibi ædificat. *l.* 1. §. 18. *h.* Hoc enim commune eſt omnibus rebus communibus, ut cedant occupanti *pr. junct* §. 1. & 12. *Inſt. de R. D. l.* 14. *ff. de acqvir. rer. dom.* Illa vero ratio videtur eſſe remotior: proxima, qvia in his ædificans manifeſte habet jus ædificandi. Limito a. d. l. 1. §. 18. I. niſi qvæ à privatis jam occupata ſunt *arg. l.* 14. *ff. de acq. rer dom.* & ex ratione *d. l.* 1. §. 18. *h.* qvæ hoc caſu ceſſat. Facit etiam in eodem §. 18. damni ſtipulatio ad conſervationem juris privati conceſſa. Unde locus erit nunciationi juxta *l.* 5. §. 10. *l.* 1. §. 16. *h.* II. Niſi illæ res, ut publicæ in ſpecie, conſiderentur. Ita autem conſiderari poſſe ſecundum diverſitatem uſus Patet ex §. 5. *junct.* §. 1. *Inſt. de R. D.* III. aut ædificans publicum maris & littoris uſum impediat opere facto *l.* 50. *ff. de acqvir. rer. dom. l.* 3. & 4. *ff. ne qvid in loc. publ* Cætera loca publica, qvibus & illa univerſitatis annumero *arg. l.* 1. §. 18. cum propter exceptionem maris & litorum, tum per ſubjectam rationem acqviſitionis *junct. pr.* & §. 6. *Inſt. de R. D. l.* 1. §. 7. *ff. de qvæſt.* huc omninò pertinent, ſcilicet qvatenus eorum adminiſtratio non certæ perſonæ eſt commiſſa. Nam hoc caſu certo modo & qvoad præſens negotium ad cauſam privatam pertinere videntur, qvat. reg. in *th. ſeq.* tradenda in iis non obtinet: qvæ nunc eſt:

In cauſa publica jus nunciandi eſt jus civitatis & qvidem perfectum. Hinc omnes cives nunciare poſſunt ſed ſoli & perfecti, repetita

l.35 §.& generaliter C. de inoff. Teſt. Faber. *de Error. pragm. decade 14. err.* 4. Bach. ad Tr. *v.1. D.6. th. 8. lit. G.* Facit qvod filia honeſtè elocata de Legitima conqverendi jus non habeat, cum juxta Forcat. *de collat. p.2. n.17.* dos exiſtat dandæ Legitimæ portionis qvædam præcipitatio, in eum finem, ut ſexui & pudicitiæ conſulatur. Neqve etiam Jure noſtro eadem dotis qvæ Legitimæ qvantitas introducta eſt, qvia dos tantùm mulieribus danda, ut eo facilius nubendi conditionem inveniant *l. 2. ff. de J. dot. l. 1. ff. ſol. matr.* qvam ſi dote vel minima invenerint, hanc dotationem ut vitioſam accuſare, aut ejus ſupplementum ad Legitimæ qvantitatem commenſurandum petere neqveunt, Laurent. de Pinu *conſ.* 108. *n.* 10. Qvanqvam ſilentio involvendum hoc loco non eſt, potiſſimam rationem, qvare h. nullum ſupplementi petendi jus ſuperſit, deſumendam eſſe ex vi appoſiti juramenti, cujusmodi perpetuò ſervandum eſt, qvoties citra animæ periculum id fieri poteſt, ut communis eſt Canoniſtarum doctrina, & hoc etiam in tali caſu, ubi dos minima vel etiam planè nulla renuncianti puellæ numerata eſſet, Corn. *conſ. 291. v.3.* Fachin. *7. controv. c.24.* Pariſ. *conſ.26. n. 69. v.3.* Kellenbentz. *de renunc. q. 42. num.27.* dummodo tamen iniqvitas, metus, vis, dolus à renunciatione hac exulent, nec illis fœmina ad renunciandum inducta vel compulſa fuerit, ut rectè limitat Kellenbentz *d. Tr. q. 42. à n. 51. usq. ad finem:* adde Sichardum *in l.3. C. de collat. dot.*

Culpa à Legitima excludens conſiſtit vel in committendo vel omittendo. *Committendo*, qvando filius qvatuordecim annis major delinqvens, mulctam ſolvendam ex Conſuetudine vel Statuto à patre loco Legitimæ exigit *arg. c. 2. x. de delict. puer.* qvo ipſo filius omnem futuræ ſucceſſionis aut Legitimæ ſpem ſibi aufert, Excell. Dn. Wurmſerus *in Nucl. iuris D.9. in Coroll.* ubi ſimul rationem ejus ſtatuti aſſignat.

Item huc pertinet ille heres, qvi portionem ſuam Legitimam ab alio poſſeſſam propria auctoritate vindicat *arg. l. non dubium C. de Legat. & l. ſi qvis in tantum C. unde vi.* Petr. Gregor. *Syntagm. l.44. c.5. n.6.* qvanqvam ſecus foret ſi hereditatis vacua poſſeſſio eſſet, vel eadem ſtatuto absqve corporali apprehenſione in heredem continuaretur, Mercur. Merlinus *de Legit. T. 4. q. 8.*

Omit-

Digitized by Google

Omittendo Legitimâ heredem privari, docent Dd. ſi inventarium facere neglexerit, ſed hoc tantum reſpectu Creditorum ex cauſa oneroſa debita exigentium, qvibus heres non confecto inventario in ſolidum obligatus eſt *l. fin, §. 1. 2. C. de J. delib. N. 1. c. 4.* Verum enim verò fruſtra qværimus de amittenda Legitima præſertim ſi hereditas tota gravata eſt ejusmodi ære alieno, qvia Legitima ut ut ſine onere debeatur, æris tamen alieni deductio eam ſemper præcedit, etiamſi inventarii confectio rite obſervata fuiſſet: unde qvod hoc caſu ubi illa omiſſa eſt, Legitima detrahi neqveat, fit tantùm per conſeqventiam, dum omnibus oneribus hereditariis heres ſe obnoxium reddit: qvanqvam onus detrahendi æris alieni ante Legitimæ deductionem effugere idem vel in ſolenni inventarii confectione non potuiſſet; unde verior & communior habetur opinio, Legitimam omiſſione inventarii non amitti, niſi de fraude & bonorum interverſione manifeſtò probetur Andr. Gail. *2. O. 138. n. 14.* cui ſententiæ vulgari ceu æqviori & favorabiliori in praxi inherendum eſſe cenſet Conr. Rittershuſius *ad N. p. 6. c. 8. n. 38.* Ita pariter nec illam ſufficientem Legitimâ privandi cauſam eſſe cenſemus, ſi heres Legata ad pias cauſas ſolvere neglexerit, ex generalitate *N. 1. §. ſi qvis anonimplens*, à qva diſpoſitione pia cauſa nuſpiam excepta legitur, & facit, ut ſupra oſtendimus, qvod Legitimæ favor piæ cauſæ favori præponderet Ferd. Vaſq. *de ſucc. creat. §. 22. limit. 42. n. 17.*

Qvod ſi tamen ob omiſſionem ulla Legitimæ privatio eſt, erit ejusdem vel etiam ſupplementi neglecta per 30. annos petitio, qvia non tantùm hæreditatis petitio ſed & condictio perſonalis hoc demum ſpacio præſcribitur *l. 2. §. hac apertiſſima C. de conſt. pec.* adde Gail. *2. O.* 120. Berlich. *p. 3. C. 13. n. 33.* Qvo etiam referri debet caſus qn mater & proximi agnati intra certum tempus pupillis tutores petere negligentes universâ ſucceſſione in bonis pupilli privantur *l. 10. C. de Legit. her. l. ult. C. qvi pet. Tut. l. 12. ff. eod. §. 5. J. de SC. Tertull.* Schneidvv. *ad T. I. de hered. qvæ ab inteſt. de ſec. ord. ſucc.* 10

Lege vel *ſtatuto* adimitur Legitima 1. Fœminis à ſucceſſione excluſis, dote tamen congrua iis aſſiganta, de cujus conſtitutionis æqvitate jam ſupra egimus, confer Heig. *p. 2. qvæſt. 25. n. 25.* non obſtante, qvod Jaſon, *ad auth. noviſſima*, in ejusmodi ſtatuto Legitimæ 11

nullam fieri mentionem, ideoqve communi juris diſpoſitioni illam ſubjacere contendit; nam excluſus à ſucceſſione, à Legitima qvoqve excluſus cenſetur, qvia totum continet ſingulas partes utpote qvæ toti integrali includuntur *l. 1. §. 4. ff. de V. O. l. 19. ff. de uſufr. leg. l. 114 de R. I. c. 15. c. 80. de R. I. in 6.* Feder. de Senis *Conſ. 159.* & hoc adeò verum eſt, ut fœminæ per ſtatutum à ſucceſſione in favorem maſculorum excluſæ, etiamſi maſculi deficerent, tamen ſuccedendi aut Legitimam petendi facultatem non recuperent, qvomodo in terminis tenent Bart. *in l. ff. ad SC. Tertull.* Bald. *in auth. ſed ſi qvis n. 10. col. 5. C. de ſec. nupt.* Cephal. *Conſ. 313. l. 3.* Johan. Vincent. Hondet. *Conſ. 65. & Deciſion. vol. 2. p. 1. Deciſ. 9.* Menoch. *Conſ. 206.* Ratio videtur qvia maſculi per aditionem ſemel factam hereditatem cum ſuo patrimonio confuderunt, ut ita non amplius patrimonium patris, ſed fratris cenſeatur, adeoqve ejusdem heredibus illud diſtribuendi poteſtas facta videatur, cæteris à patre ſuo deſcendentibus in totum excluſis: neqve hoc mirum, qvia cum vi ſtatuti maſculis tantùm hereditas deferatur, & per exiſtentiam fratrum ſtatuto ſatisfactum, fœminæqve ſemel excluſæ ſint, utiqve dictæ fœminæ ſucceſſionem ſuam ſemel extinctam per mortem fratrum poſt ſupervenientem reſuſcitare non poſſunt, cum à privatione ad habitum non detur regreſſus *l. eius qui in prov. ff. ſi cert. pet.* Nec diverſum qvoad hoc in ſucceſſione Feudali; vide Mercurialem Merlinum *de Legit. l. 3. q. 3.*

12. Deniqve à Lege Mater ſua Legitima privatur in bonis filii cui pater pupillariter ſubſtituit *l. Papinianus §. ſed nec impuberis ff. de inoff. Teſtam. c. ſi pater x. de Teſtam. in 6.* Claudius de Bartandier *de Legit. 6. pen. n. 13.*

Et tantum de nobiliſſima hac Legitimæ materia; qvia plura addere nec temporis nec inſtituti ratio permittit: ſit itaqve hic terminus, & termini omnis aut principii neſcio Triuni DEO Laus honor & gloria in infinita ſeculorum ſecula.

DIS-

Digitized by Google

DISSERTATIO NONA.

DE

NOVI OPERIS NUNCIATIONE,

Autore

D. JOHANNE CHRISTOPHORO
[illegible]EXIO, h. t. Cancell. Saxo-Martisb.

Pro Gradu Jehnæ,

Anno 1655.

CUM DEO.

CUm in cujusvis thematis inſtituto præmittenda ſit qvædam vocabulorum explicatio: præſens autem hoc noſtrum ſit verbis complexum; haud abs re facturus videor, ſi id præſtare annitar tam ſingulorum vocabulorum ſeorſim, qvam univerſorum in compoſitione indagine. Huic à penſo ſolum cedunt voc. *nunciatio*; deinde tota conſtructio *novi operis nunciatio*. Nam de illis *novum*, & *opus* ſive ita diviſim, ſive conjunctim ſumtis *novum opus*, commodius agetur infra *theſ. 50. & 51.* 1.

2. Vox *nunciatio* autem qvoad etymologiam deducitur à verbo nunciare: qvod porrò eſt à nuncius. De qvo Lexicographi. Homonymia vi conjugationis ab ejusdem verbi nunciare ambiguitate pendet. Illud verò præter vulgaria ſignificata in jure denotat 1. admonere, vel certiorem facere *l. 1. §. 10. 12. 14. ff. de ventr. inſpic. junct.*

l. 5. §. 5. & 10. h. 2. Deferre *l. 39 §. 1. ff. de jur. fiſc. l. 6. §. 3. ff. ad SCt. Turpill.* 3. in ſpecie novum opus nunciare *l. 1. pr. l. 20. §. 1. ff. h. l. 15. §. 17. h. junct. l. un. §. 3. ff. de remiſſ. l. 1. §. 7. junct. l. 20. pr. h.*

3 Phraſis novum opus nunciare & inde novi operis nunciatio notionaliter hic ſumitur ut terminus artis. E. vulgaria ſignificata & ipſa mitto. In jure vero accipitur 1. Latiſſimè, ut planè etiam includat damni infecti ſtipulationem *l. 1. §. 17. & 18. h. argt. l. 3. §. 6. ff. quod vi aut clam.* 2. Latè excluſa damni infecti ſtipulatione *l. 1. §. ult. junct. l. 13. §. 8. ff. de damn. infect.* ut tamen contineat proteſtationem *d. l. 5. §. 7. h.* 3. ſtrictè excluſa proteſtatione *l. 5. §. 7. h.* ut tamen complectatur omnem nunciandi formam. *l. 5. §. 8. junct. §. 10. l. 16. h. & tot. tit.* niſi ſpecialitas qvædam oſtendatur. 4. ſtrictius, excluſa nunciatione Prætoria, pro reliqvis formis duabus *l. 1. §. 2. & 4. l. 3. §. 1. & 2. vid. th. 55.* 5. Strictiſſimè pro ſola verbali *l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. h.* qvod ſi locorum allegatorum aliqvibus non tota phraſis, ſed vocabulum ſimplex nunciare ſive nunciatio deprehendatur, accipiendum id eſt juxta *th. 2. inf.* pro ſynonymo phraſeos integræ & verba novum opus ſive novi operis ſubaudienda ſunt. Utriusqve autem Phraſeos Homonymia una eſt, cum vi conjugationis, tum qvod promiſcuè uſurpantur in hac ipſa materia *l. 1. §. 6. junct. l. 5. §. 10. h. l. 20. pr. & §. 1. l. 3. l. ult. junct. l. 5. pr. d. l. 5. §. 1. & paſſim.* & ab una ad alteram infertur *l. 1. §. 2.* Hujus loci illa eſt, qvæ complectitur titulum *ff. & C. de nov. op. nunciat.* Itaqve damni infecti ſtipulationem excludit, qvippe de qva in ff. peculiari tit. agitur ut & proteſtationem *l. 5. §. 7. h.*

4 Synonyma ſunt novum opus nunciare, vel denunciare: per hactenus dicta. Item ſimplex verbum nunciare *t. t. paſſim*, vel denunciare *l. 5. §. 5.* renunciare *l. 5. §. 3. inf. junct. l. 11. & l. 1. §. 5.* nunciatio & novi operis denunciatio *l. 5. §. 10.* qvæ ipſa qvoqve conjugatorum locum mutuo obtinent.

5 Eſt autem novi operis nunciatio, ut ad rem ipſam progrediamur, denunciatio legitima ejus, cui jus eſt adverſum molientem novum opus, formâ jure definitâ, ne qvid novi operis fiat: qva opus impeditur ſub pœna reſtitutionis, qvamdiu nunciatio tenet. Hujus definitionis reſolutione & ſingulorum membrorum explicatione totum conflabitur negotium.

Dici-

Dicitur autem 1. DENUNCIATIO, qvod Generis loco po- 6
no: ſumto nempe vocabulo latius, non qvatenus *Th. 4.* inter ſyno-
nyma novi operis nunciationis retuli. Tum enim recte Generis loco
ſtare arbitror, qvod ambitu ſuo præter noſtram nunciationem non
tantum illam damni infecti, ſed qvamcunqve vel ſecundum vulga-
rem ſignificatum complectitur admonitionem aut intimationem
l. 1. §. 10. 11. 14. ff. de ventr. inſpic. Non abſurdè etiam vocabulum nunci-
atio ipſum Generis loco conſtitutum fuiſſet æqvè ſenſu latiori ſum-
tum. Verum cum in hac materia nimis freqventer tanqvàm ſyno-
nymum novi operis nunciationis occurrat, ſatius duxi eo abſtinere.
Reliqva definitionis pars conſtituit differentiam ſpecificam peti-
tam à cauſis, effectu & contrariis & dicitur qvidem.

II. LEGITIMA. Qvod vocabulum cùm aliàs qvoqve ſæpe ef- 7
ficienter accipiatur pro eo, qvod à lege, ſive jure eſt tanqvam effe-
ctus à ſua cauſa, ut legitima tutela, legitima ſucceſſio &c. & hîc de-
notat id, qvod à lege eſt. Nam nunciationem abſolutè conſidera-
tam ut remedium juris ſine implicatione reſpectus ad eum, cui com-
petit ipſo actu, à jure eſſe patet ex *l. 1. pr. l. 20. pr. & §. 9. l. 1. ſ. 15. h.*

Eſt autem illa lex alia ratione originis; alia ratione progreſ- 8
ſus. Eqvidem qvantum ad nunciationem prætoriam, ea ratione
originis primævæ potius ex officio prætoris, qvam lege eſſe videtur:
præſertim cum legis, qvæ de ea diſpoſuerit ante edictum, veſtigia
nulla habeantur: Qvatenus tamen & ipſa deinde edicto Prætoris
concluſa fuit, conſeqventer inde formam accepit *arg. l. 5. §. 10. h.*
ipſa etiam rectè legitima dicitur. Imo qvat. magiſtratus eſt lex
loqvens *Cic. 3. de LL.* & judex δίκαιον ἔμψυχον *Ariſt. 5. Ethic. c. 4.*
etiam hoc reſpectu ratione originis.

Illa qvæ fit jactu lapilli natales habere videtur ex ipſa ll. XII. 9
tabb. diſpoſitione, qvæ vim feſtucariam in forum inducebat *Gell. lib.
20. c. 9.* cujus imaginem & ea gerit *l. 5. 10. h.* Verum & ipſa informis
videtur extitiſſe usqve ad edictum, qvo comprehenſa juxta *d. l. 5. ſ. 10.*
eam, qvam hodie præ ſe fert, accepit formam.

Unde omnem nunciationis formam, ſaltem qvà talis eſt, qva- 10
lis eſt hodiè, ratione originis ex edicto eſſe concludo. Qvod tan-
dem de verbali nemo in dubium vocat *l. 1. pr. & t. t.* cum potius ſint,

qvi edictum vel ad eam ſolam ſint reſtringere contendunt. Imo hæc eſſe ſuum ſimpliciter habet ab edicto *l. 1 pr. h. l. 20. pr. eod.* juncto hoc, qvod nulla antiqviora ejus extent monumenta.

11. Ipſum edictum verbis non habetur, niſi interdictum in *l. 20 pr. & §. 9* eo loco cum qvibusdam conſtituere velis Senſu vero habetur circiter tale: Adverſus eum, qvi novum opus fecerit, qvo noceatur alteri, nunciandi jus poteſtasqve eſto. Et huc collimat particula *hoc in l. 1. pr. h.* demonſtrativa etiam alias non tantum rei, qvæ oculis ſubjicitur, ſed & ejus qvæ animo obverſatur *arg. l. 1. pr. ff. ne qvis eum qvi in int. voc. l. un. §. 3. & 4. ff. ſi qvis ius dicent. non obtemp.*

12. Nec verò hoc, nec ullum edictum, vel deniqve univerſum jus Prætorium per ſe & qvat. à jurisdictione Prætoris *l. 2. §. 27. & ſeq. ff. de O. J.* eſt, vim juris habet. Hoc qvippe à ſola majeſtate eſt *Ariſt. 4. Pol. c. 14.* ſed qvatenus adjuvandi, ſupplendi vel corrigendi juris civilis cauſa *l. 7. ff. de Juſt. & Jur.* propoſita tacito populi conſenſu firmabantur. Hactenus autem juribus rectè accenſentur *§. 7. Inſt. de I. N. G. & C. l. 7. & 8. ff. de Juſt. & Jur.*

13. Progreſſu temporis Edicto huic acceſſerunt, interpretatio ICtorum *t. t. h.* Conſtitutiones principum antiqvior l. un. C. h. t. & recentior Nov. 63. & Pontificium *extr. de nov. op. nunciat.* tandemq; & alia hinc inde per Pandectas & C. ſparſa jura ad hunc articulum pertinentia.

14. De interpretationis ICtorum & Jur. Can. valore idem ferè eſt judicium, qvod de edictis Prætorum. Neutrum per ſe & ex ſe valet in vim juris *l. ult. C. de LL. Ariſt. 4. Pol. c. 14.* Hoc tamen qvatenus conſuetudine eſt receptum *arg. l. 32. ff. de LL.* Illa qvoad ea, qvæ ipſi aliunde accedunt vel intrinſecè ab objecto, ſi nempe interpretatio virtualiter in lege latebat *l. 6. ff. de V. S. l. 12. & 13. de LL.* vel extrinſecè. Qvod factum vel uſu & tritura fori primis illis ante Auguſtum temporibus *l. 2. §. 5. ff. de O. I. junct. §. 8. Inſt. d. I. N. G. & C.* vel autoritate imperatoriâ inde ab Auguſto usqve ad Juſtinianum *d. §. 8. Inſt. de I. N. G. & C. & l. 2. §. 27. ff. de O. I. l. 1. §. 4. C. de I. V. E.* vel deniqve generali in Legem Juſtinianeam transfuſione *l. 1. §. 4. junct. §. 6. in f. de I. V. E.*

15. Qvemadmodum vero jura hactenus enarrata, qva jura, ab iis prin-

principaliter ſunt, qvi majeſtate pollent; ita aliorum ea prodierunt miniſterio, Prætoris ſc. edictum. Qvisnam vero Prætor ille fuerit, reperire non licuit: interpretationis ICti: Canonum Pontifices: Conſtitutionum deniqve l. un. C. h. t. & Nov. 63. illi, qvorum conſilio uſus eſt Imp. qvò refero Senatum *arg. l. 8. C. de LL.*

Summa autem ratione Edictum, imprimis qvoad nunciationem verbalem, introductum fuit. Cum non tantum utile, ſed etiam neceſſarium eſſet *l. 5. §. 10. h.* Nam nec licentia propria auctoritate deſtruendi, ſi ædificetur in noſtro & à nobis poſſeſſo *l. 29. §. 1. ff. ad L. Aqvil. l. fin. §. 2. ff. qvod vi aut clam junct. l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat,* aut tantum Poſſeſſo *l. 1. & 2. C. ut nem. lic. fin. ind. l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat*: Nec ſi in alieno, actio confeſſoria non tantum ad intereſſe *l. 4. §. 1. ff. ſi ſervit. vindic:* ſed etiam ad demolitionem *arg. l. pen. inf. §. ult. ſi uſufr. pet.* Nec ſi in noſtro qvidem, ſed non poſſeſſo, rei vindicatio *l. 25. ff. de O. & A. junct. l. 68. ff. de R. V.* Aut ſi dictis remediis etiam addere libet nunciationem Prætoriam & eam, qvæ fiebat jactu lapilli *per th. 8. & 9.* Nec tandem univerſaliſſimum remedium, interdictum *qvod vi aut clam l. 1. pr. § 1. 5. & ſeqq. qvod vi aut clam* ſufficiebant. Nam deſtructio illa ſæpe facto & jure impediebatur *arg. l. 176. de R. J. l. 13. §. 3. de uſufr.* & ad caſum poſſeſſionis reſtricta erat. *l. 3. §. cum igitur de vi & vi armat. junct. l. 5. §. 8. & 10. h.* Ita & officium Prætoris occupationum multitudine. Actiones autem ordinariæ ſive confeſſoria ſecundo, ſive rei vindicatio tertio caſu minus commodi habent interdictis *arg. l. 24. ff. de R. V. l. 3. C. de interd.* Cœtera etiam nunciationum formæ informes erant *th. ſupr. 8. & 9.* nec ad omnes cauſas pertinuiſſe videntur *arg. l. 5. §. 10.* Qvantum ad interdictum *qvod vi aut clam*, præterqvam qvod dubium eſt, utrum horum ſit antiqvius *arg. l. 1. §. 5. & ſeqq. qvod vi aut clam*, & qvod probabilius à particulari ad univerſale ſit progreſſus juris, etiam hoc accedit, qvod hoc noſtrum eſt plenius. 1. qvia ſpeciale *arg. l. 1. §. 1 h.* at ſpecies genere eſt perfectior. 2. perpetuum *l. 20. §. 6.* illud non item *l. 15. §. 3. ff. qvod vi aut clam.* 3. Compendioſius *l. 1. pr. & §. 7. l. 20. per tot.* cum in altero probationibus opus ſit *arg. l. 1. ff. qvod vi aut clam.* 16.

Reliqvorum, qvæ edictum ſecuta ſunt, jurium cauſæ facile patent. 17.

eum qui in ius voc. 3. Idem accidit in caſu ſpolii *c. fin. de reſtit. ſpoliat. junct. c. 1. & 7. eod. l. pen.* §. *2. de praſcript. 30. vel 40. annor.* Deſertionis *c. 4. extr. de divort.* Appellationis *c. 13. & 14. extr. de appell. junct. l. 1.* §. *fin. ff. ad SCt. Turpill. l. 16. ff. de appellat. t. t. ff. nihil innovar. appell. pend.* 4. faciunt *l. 1. pr. ff. de minor. l. 4. ff. de eo quod cert. loc. l. 1. C. de his qui ven. atat. impetr.* 5. Qvod juramentum calumniæ exigitur *l. 5.* §. *14. junct. l. 4. pr. ff. de in lit. iur. l. 2. §. 3. l. ult. C. de iure iur. propter calum.* 6. *l. un. C. h. t.*

Hoc verò jus aliud eſt in cauſa publica, aliud in privatâ *l. 1. §. 17. l. 5. § 9. h.* Cauſa publica eſt qvoties vel contra leges ædificiorũ *l. 1. §. 17. l. 5. §. 9.* vel in loco publico aut ſacro, religioſove opus ſit *l. 1. §. 1. & 17. h.* Exempla ſunt verbis mare & litus, ſententia omnes res communes, modo ſua natura ſint habiles, ut in iis opus fieri poſſit, perrat, qvod jure G. ſuum facit, qvi ibi ædificat. *l. 1. §. 18. h.* Hoc enim commune eſt omnibus rebus communibus, ut cedant occupanti *pr. junct* §. *1. & 12. Inſt. de R. D. l. 14. ff. de acqvir. rer. dom.* Illa vero ratio videtur eſſe remotior: proxima, qvia in his ædificans manifeſte habet jus ædificandi. Limito a. d. l. 1. §. 18. I. niſi qvæ à privatis jam occupata ſunt *arg. l. 14. ff. de acq. rer. dom.* & ex ratione *d. l. 1. §. 18. h.* qvæ hoc caſu ceſſat. Facit etiam in eodem §. 18. damni ſtipulatio ad conſervationem juris privati conceſſa. Unde locus erit nunciationi juxta *l. 5. §. 10. l. 1. §. 16. h.* II. Niſi illæ res, ut publicæ in ſpecie, conſiderentur. Ita autem conſiderari poſſe ſecundum diverſitatem uſus Patet ex *§. 5. junct. §. 1. Inſt. de R. D.* III. aut ædificans publicum maris & littoris uſum impediat opere facto *l. 50. ff. de acqvir. rer. dom. l. 3. & 4. ff. ne qvid in loc. publ* Cætera loca publica, qvibus & illa univerſitatis annumero *arg. l. 1. §. 18.* cum propter exceptionem maris & litorum, tum per ſubjectam rationem acqviſitionis *junct. pr. & §. 6. Inſt. de R. D. l. 1. §. 7. ff. de quaſt.* huc omninò pertinent, ſcilicet qvatenus eorum adminiſtratio non certæ perſonæ eſt commiſſa. Nam hoc caſu certo modo & qvoad præſens negotium ad cauſam privatam pertinere videntur, qvat. reg. in *th. ſeq.* tradenda in iis non obtinet: qvæ nunc eſt: 21

In cauſa publica jus nunciandi eſt jus civitatis & qvidem perfectum. Hinc omnes cives nunciare poſſunt ſed ſoli & perfecti, re- 22

petita ſcilicet limitatione *th. antec.* qvatenus publicarum rerum illarum adminiſtratio certæ perſonæ non eſt commiſſa. Nam hoc caſu nunciandi jus competit ei, cujus fidei ac curæ commiſſæ ſunt *l. 2. §. 24. ff. ne qvid in loc. publ. l. 3. ff. qvod cujus qve univerſ. nomin.* Excipiuntur tamen bona Eccleſiæ *c. ſi qvis Preſbyterorum extr. de reb. Eccleſ. non alienand.* Cæterum omnes cives recte nunciant *l. 3 § ult. & l. 4. h.* ubi ratio propoſita generalior, cum etiam ad imperfectos cives; imo planè extraneos pertineret ſimpliciter accepta, limitanda eſt *ex l. 1. §. 16. & 19. h.* Nam ad cives, & qvidem perfectos, etiam res publicæ & univerſitatis qvodammodo pertinent *pr. & §. 6. Inſt. de R. D.* Sed ſoli. Nam extranei nec juris communionem habent, conſeqventer nec nunciationem *Ariſt. 3. Pol. c. 1. & 3.* Et qvidem perfecti *arg. l. 5. pr. & §. 1. l. 2. ff. de R. I. junct. l. 4. h. & l. 3. § ult. h. junct. l. 21. §. 1. C. de teſtam. l. 69. ff. de legat.*

23 Hinc non nunciant I. non cives, qvo loco ſunt peregrini, incolæ, ſervi, adde *L. 7. C. de incol. l. 5. §. 1. h. l. 32. ff. de R. J. l. 2. pr. & §. 2. ff. L. Aqvil.* Qvamvis in cauſa interdicti *qvod vi aut clam*, ſervorum prohibitioni etiam locus ſit *l. 3. ff. qvod vi aut clam.* Nec obſtant *L. 1. §. ult. ff. de via publ. & l. 11. C. de ſervit. & aqva.* illa qvidem aut accipitur in terminis habilibus, i. e. de civibus *arg. l. 35. pr. C. de inoff. teſtam.* vel ibi ſpeciale eſt in via publica propterea, qvod omnium, etiam extraneorum, interſit: Hæc verò dicit tantum neminem prohibendum eſſe, qvo minus eat. Inde verò male ad nunciationem cujusqve in cauſa publica infertur.

24 II. Cives imperfecti ut I. fœminæ. Nam cives eas fortaſſe nemo negarit eſſe; Imperfecti autem ſunt per ea, qvæ tradit Ariſtoteles *3. Pol. c. 1. & 5. fac. l. 10. ff. de ſtat. hom.* Removentur autem à nunciatione hac *arg. l. 2. ff. de R. J. junct. l. 51. §. 1. de procurat.* Nam defenſionis ſpeciem habet hæc nunciatio *l. 4 ff. h. l. 1. §. 16. eod.* Adde *l. 6. ff. de popular. action.* ubi additur una limitatio.

II. Qvi ætatis ſunt imperfectæ. Cives enim eos eſſe, ſed imperfectos *Ariſt. dict. loc.* & tota doctrina de iisdem in jure ſatis docent. Non nunciat pupillus, per verba textus in *l. 5. §. 1. h.* neqvidem tutoris auctoritate *arg. ejusdem. text. verſ. non aliter* per oppoſitionem cauſæ privatæ & publicæ. Sed nec minor *per ſententiam*

d. l. 5.

Digitized by Google

d.l.5.§. nec diſtinguo inter jus nunciandi & nunciationem perſeqvendi; nec inter minorem 17. annis & illa ætate majorem, niſi maturioribus annis in numero perfectorum civium alicubi habeantur.

Cauſa privata eſt, cum de juris noſtri conſervatione agitur *l.1. §.16.l.5.§.9.h.* Eſtq; duplex, alia naturalis, alia impoſititia. Illa, ubi de re noſtra: hæc, ubi de ſervitute in re aliena competente negotium eſt. *l. 5.§. 9.h.* In illa itaq; jus nunciandi eſt dominium: In hac ſervitus. *d.l.5.§.9. & l.un.§.3.ff. de remiſſ.* Rectè autem utraq; ſic, illa naturalis: hæc impoſititia, vocatur, qvia res ſua natura liberæ ſunt *arg. l.10. C. de ſerv. & aq. l.21. C. mandati,* & ſunt qvidem illæ, qvæ tali jure non oneratæ ſunt *l.90. de V. S.* Servitutes autem accedunt demum per impoſitionem *d.l.5.§.9.h. in f. §. ult. Inſt. de ſervit. & uſufr. §. ult.* 15

Dominium hic ſumitur in oppoſitione ad ſervitutem, cum alias ſtrictiſſimè vel Pro ſola proprietate *l.13. ff. de acqvir. rer. dom.* in oppoſitione ad ſervitutem *d. l. un. §.3. de remiſſ.* poſſeſſionem *l.17. §.1. ff. de acqvir. vel amittend. poſſeſſ.* & pignus *l.1. & 2. & t.t. C. de iur. dom. impetr. adde l. 4. C. de probat. l.6. §. 2. ff. de uſufruct.* vel latiſſimè pro omni jure in re in oppoſitione ad obligationem accipiatur *§. 1. Inſt. de action. junct. §. 3. 4. 5. 6. 7. eod. arg. l. 20. C. de pact. junct. l. 3 ff. de oblig. & action.* Et ſic ſervitus etiam dominium dicitur *l 3. ff. ſi uſusfr. petat.* 16

Eſt itaqve juxta tradita dominium vel verum, vel qvaſi. Illud eſt, qvo res revera noſtra eſt ſive noſtra propria *arg. l.13. ff. de acqvir. rer. dom.* & hoc jus nunciandi idoneum eſſe patet ex *d. l. un. §. 3. de remiſſ. l. 5. §. 9. & 10. h l. 1. §. 16. & 19. h.* imprimis per reg. qvod analoga in dubio ſtent pro ſignificato famoſiori. Nec refert, an competat in ſolidum vel pro parte tantum. *l. 5. §. 6. h. l. 3. §. 1. pr. eod.* non obſtante *§. 1. verſ. planè ſi & 2. eod.* qvippe qvi impedimentum non in nunciante ſocio, ſed nunciato, vel potius in re ipſa ponunt *junct. inprimis §. ſeq. vid. infr. th. 55.* 17

Qvaſi dominium eſt, qvo res noſtra qvidem non eſt, ſed tamen & ipſum jus in re eſt, & qvoad ea, qvæ inde dependent, effectu tenus dominio comparatur. *Inſt. de action. §. 4. 5. 6. 7. junct. §. 1. eod.* Sunt autem aliàs poſſeſſio, pignus, ſervitus: hoc loco tantum Priora duo. 18

Nam ſervitus *per l. un. §. 3. ff. de remiſſ.* inde demitur. Ad poſſeſſionem autem refero utile dominium vaſalli; jus emphyteuticarium: jus ſuperficiarium, & deniqve qvamvis b. f. poſſeſſionem.

29. Utile dominium vaſalli eſt qs. dominium *2. Feud. 8. verſ. rei autem:* ſervitute plenius *2. feud. 23.* eiqve oppoſitum *2. feud. 8. §. 1.* & ad poſſeſſionem refertur *d. 2. feud. 8. §. 2.* Idoneum enim ad nunciandum eſt *arg. d. 2. feud. 8 pr. & 2. feud. 43. junct. l. 3. §. 3. & l. 9. h. unde reg. cui competunt actiones in rem, ſaltem utiles, is nunciare poteſt.* Obſt. graviſſime *l. 14. hic l. 1. §. ult. h. junct. l. 5. §. 1 ff. ſi ſervit. vindic. de qvibus vide à th. 35. uſq; ad th. 43.*

30. Jus verò emphyteuticarium & ipſum eſſe qvaſi dominium, docet *l. 15. §. 26. de damn. infect.* & in ſpecie poſſeſſionem, *l. 2. C. de jur. emphyteut. in verb. minime dejectionis timere periculum. l. 3. eod. in verb. ſed novum emphyteutam in poſſeſſionem ſumere.* Aptum id porro eſt ad nunciandum cum hinc, tum inde, qvod parit actionem realem *l. 16. in f. ff. de ſervit. juxta reg. th. antecedente traditam.*

31. Jus ſuperficiarium primum qvaſi dominii, *arg. l. 1. §. 1. ff. de ſuperfic.* deinde in ſpecie poſſeſſionis ſpecies eſt *d. l. 1. §. 1. 2. & 5. de ſuperfic.* parit actionem realem utilem *d. l. 1. §. 1. l. 3. §. 3. h.* & conſeqventer nunciandi facultatem confert, iterum *juxta reg. th. 29. adde l. 3. §. 3. h. in terminis.*

32. Tandem qvævis b. f. poſſeſſio dominio comparatur qvo ad effectum *l. 136. ff. de R. J. l. 7. §. 6. de public. in rem action.* Unde actionem realem utilem & ipſa parit *l. 1. junct. l. 7. §. 6. & 8. ff. de publ. in rem act. & t. t. illo.* Nam qvod in alleg. loc. in ſpecie illius actionis traditur, exemplo tantum eſt, & generaliter obtinet in qvavis b. f. poſſeſſione; per rationem generalem in b. f. poſitam. *l. 7. §. 11. ff. eod. junct. l. 12. & 13. ff. de LL.*

33. Altera qvaſi dominii ſpecies reſidua eſt pignus, juxta *th. 18.* Nam & hoc jure actiones reales utiles creditori dantur *§ 6. & 7. Inſt. de action.* tam pro ſervitutibus, qvam re ipſa, vindicandis *l. 16. ff. de ſervit. l. 9. ff. h. h. un. §. ult. ff. de remiſſ.* ubi pro *actionem petitionem* legi debere *Cujacius tradit 1. obſ. c. 16.* & conſeqventer novi operis nunciatio cum per reg. *l. 3 §. 3. h.* tum textum expreſſum *d. l. 9. h.*

Hinc à contrario ſenſu inobilinus nunciare nequit. Nam

ne

ne qvidem poſſidet *§. 5. Inſt. de interd. l. 10. §. 1. de acqvir. vel. amitt. poſſeſſ. l. 9 ff. de R. V.* qvamvis qvodammodo ſimilis videatur ſuperficiario *l. 3. §. 3.* & emphyteutæ comparandus eo, qvod & hic conductor dicitur *l. 1. ff. ſi ag. vectig. pet. §. ult. Inſt. locat.* Unde ad ipſorum exemplum poſſidere videri poſſet. Qvi verò poſſident, & nunciant *per hact. tradita.* Verum neutri revera comparatur, ſed potius haud obſcurè diſtinguitur à ſuperficiario, *in dicta l. 3. §. 3. h.* Qvod verò de inqvilino hic traditur, ad omnem conductorem ſimplicem pertinet *arg. 32. pr. ff. ad L. Aqvil.*

Porro ſervitus etiam *juxta th. 25.* idoneum nunciandi jus eſt *l. un. §. 8. d. remiſſ. l. 5. §. 9. & 10. h. l. 6. §. fin. ſi ſervit. vindic.* Deinde per regul. *th. 29.* & inde manantem illam alteram: *qvicunqve ſervitutem vidicare poteſt, idem & nunciare poteſt. l. 3. §. 3. h. l. 9. h. l. un. §. 4. de remiſſ.* Qvæ qvidem generalia ſunt: ſufficit tamen in qvibusdam verificari: præſertim qvum etiam alias generale univerſale juxta nonnullos differant. 35.

Diſtinguitur autem inter ſervitutes reales & perſonales. & ad illas ſolas dicti textus & regula reſtringuntur *per l. 1. §. ult. h. vid. th. 39. & ſeqq.* Qvod tanto facilius, ſpero, procedet, poſteaqvam conſtat voc. *ſervitus* ſtrictius ſumtum ad ſolas reales trahi. Nam in hoc ſignificatu freqventius uſurpatur *rubr. & tt. Inſt. de ſervit. junct. rubr. de uſufr. eod. & tot. lib. 8. ff. junct. lib. 7. iisd.* 36.

Reales, qvia nullibi reperiuntur à textibus & regula ſupra allegatis exemtæ per *th. 35.* ſunt aptæ ad nunciandum. Addatur imprimis *l. 6. §. fin. ſi ſerv. vind. & l. 47. ff. fam. herciſc.* Verum & qvoad illas inſignem ſcrupulum movet *l. 14. h.* Conciliationem alii in lectionis mutatione qvæſierunt & pro *in via ædificare.* Qvidam ſubſtituerunt in viam; qvidam viam ædificare. Alii diſtinxerunt inter ſervitutes urbanas & ruſticas: alii inter continuas & diſcontinuas: alii inter eas qvæ in non faciendo & patiendo conſiſtant: alii num directo agatur contra ſervitutem ædificando, vel per conſeqventiam demum: alii inter dictum ſimpliciter & ſecundum qvid qvod in *l. 14.* tantum eatenus denegatur nunciatio, qvatenus alia prædii parte iri, agi poſſit. Alii ita ſecundum qvid accipiunt *d. l. 14.* ut dicant nunciari non poſſe anteqvam de jure ſervituris conſtet. 37. 38.

Ego pace tot ſummorum virorum ſimpliciter diſtinguerem

Digitized by Google

inter regulam & exceptionem, ut *d. l. 14.* de hac acciperetur. Rationem ſpecialitatis eſſe puto in via, qvod ea plerumqve non tota clauditur ita, ut ne alia fundi parte eam habere liceat; ac propterea parum referat viam habentis, qva ejus parte eat, agat; cum ex adverſo plurimum interſit ædificantis illo loco ædificatum habere; unde jure benigno ædificaturo hîc indulgendum videri poterat; præſertim cum, ſi læderetur, aliis remediis ei adhuc integrè conſultum eſſet *arg. d. l. 14. h. l. 19. eod.* Et qvum, ut dixi, plerumqve hoc accidat, ut non tota via claudatur, inde ab eo, qvod fit utplurimum, fortaſſe regula facta eſt, qva ſervitus illa regulariter, & illa in ſpecie, è reliqvarum realium cenſu exempta fuit, *arg. l. 3. 4. 5. 6. ff. de LL.* Cum verò via in ſe contineat & iter & actum *pr. Inſt. de ſervit. prædior. l. 1. pr. de ſervit. præd. ruſtic.* idem, qvod in via, etiam in illis per conſeqventiam obtinere arbitror; tum qvoqve per rationem & his communem.

39. Perſonales nunciationem non pariunt *l. 1. §. ult. h.* Facile qvidem juxta *th. 35.* ad tradita *ead. th.* in contrarium nitentia generalia reſponderi poſſet, ſi foret abſqve *l. un. §. ne remiſſ.* ubi expreſſè aſſeritur, fructuario jus & vindicandarum ſervitutum eſſe, &, qvod inde promanat etiam alias, juxta illud nunciandi. Cum autem, ut modo tetigi, poſterius ſeſe habeat ad prius, ut conſeqvens ad antecedens *d. l. un. §. 4. in verbis ſecundum qvod &c.* eoqve expedito hoc facilius ſolvatur, hoc ordine de utroqve viſuri ſumus.

40. Qvantum itaqve ad primum, qvæſtio eſt: *an uſufructuarius poſſit vindicare ſervitutem fundo fructuario debitam?* Hoc ipſo removetur qvæſtio de vindicatione uſusfructus ipſius. Hæc enim ipſi extra dubium competit *l. 1. pr. l. 5. §. 1. ff. ſi uſufr. pet.* Ad qvæſtionem autem propoſitam negativam reſponſionem ſubjiciunt *text. mod. alleg.* Contrarium aſſerit. *d. l. un. §. 4. de remiſſ in verb. Juliano placet, fructuario vindicandarum ſervitutum ius eſſe.* Communiter reſpondetur, non tantum hæc verba, ſed totum textum illum, referri qvidem ab Ulpiano, non autem probari, ſed allegari ibi Julianum tanqvam diſſentientem ab Ulpiano. Verum nimis violenta & divinatoria videtur hæc reſponſio: deinde minus probabilis, imo procul dubio falſa. Nam præterqvam qvod conſtructionis ſeries minus commodè

modè inferre videtur, accidit hoc graviſſimum, qvod Julianus ita ſibi ipſi contradiceret apertiſſimè *in h.l. un.* §. 4. & *l.* 5. §. 1. *ff. ſi uſusfr. pet.* ſi utrinqve eandem ſervitutum vindicationem, & hic qvidem illam, qvam Ulpianus cum *in d. l.* 5. §. 1. qvippe qvam is etiam adverſariorum confeſſione ſuam facit, tum *in l.* 1. *pr. eod.* intelligit, intenderet. Qvod verò probabile non eſt. Unde ſi non ſibi contradixit, nec diverſum ſenſit ab Ulpiano, qvia qvod Julianus in *d. l.* 5. §. 1. referente Ulpiano tradit, idem Ulpianus & *inibi* ſuum facit & *l.* 1. *pr.* qvoqve alias tradit: Qvod autem in *d. l. un.* §. 4. habetur, alio ſenſu à Juliano profertur, & procul dubio eodem ab Ulpiano qvoqve refertur, cum alias injuria fieret Juliano. Addo, qvod *l.* 2. *ff. de nov. op. nunc.* eſt non tantum Juliani, ſed pars *d. l. un.* § 4. Jam verò nec contrariæ opinionis patroni *d. l.* 2. tantum referri, non probari, contendunt. E. nec de *l. un.* §. 4. *de remiſſ.* id aſſerere poterunt. Puto autem Julianum *in d. l.* 5. §. 1. qvidem denegare fructuario vindicationem ſervitutum formalem. Qvod etiam Ulpianus facit in *d. l.* 1. *pr.* & hoc ſenſu textum alterum Juliani refert ac probat: In *l. un.* §. 4. autem concedere ſervitutum vindicationem tantum effectutenus. Qvia enim uſufructuarius uſumfructum petendo idem conſeqvitur, qvod vindicando ſervitutem *dd. text.* illa uſusfructus petitio haud abſurdè ſervitutis vindicatio dici poterit. At uſusfructus petitio eidem datur *dd. text.* nec obſt. verba ſeqventia, qvæ diſtinctionem faciunt inter dominum & non dominum cum uſusfructus petitio indiſtincte contra utrumqve competat *d. l.* 5. §. 1. Reſponſionem dabit *th. ſeqvens,* qvia textus ille verbis & per ſe agit de nunciatione.

Altera qvæſtio eſt: *An uſufructuarius poſſit nunciare.* Idem qvoqve negatur in *l.* 1. §. *ult h.* Verum cum diſtinctione inter nunciare ſuo, & procuratorio domini nomine. Prius non poteſt *l.* 2. *h.* 1. §. *ult. h.* poſterius demum contra dominum non poteſt *l.* 2. *h.* Poteſt autem adverſus extraneum *d. l.* 1. §. *ult.* Illis caſibus poterit vindicare uſumfructum tàm adverſus dominum *d. l.* 2 *h.* qvam extraneum *d l.* 1 §. *ult.* Qvo vindicatione idem conſeqvetur, qvod nunciatione ipſa *d. l.* 1. §. *ult* In *l. un.* §. 4. *de remiſſ.* verò & expreſſè dicitur qvod nunciare poſſit, & qvod id poſſit propterea, qvod ſervitutis 41.

vindi-

Digitized by Google

vindicationem habeat. Quæ ſicut videntur fortiſſime pugnare cum anterioribus, ita fortiſſime pro nobis faciunt & exactiſſimè cum illis conveniunt. Cum n. hic nexus inter vindicationem ſervitutis & nunciationem ſtabiliatur, ſeqvetur, qvo ſenſu Julianus illam hic affirmarit, eodem & hanc tradere. Jam vindicationem ſervitutum intellexit non formalem, ſed impropriam effectutenus demum ſic dictam *th. antec.* E. & nunciationem demum talem intelligit, hoc eſt, eam, qvæ ſit formaliter vel per petitionem uſusfructus, tam adverſus dominum, qvam extraneum *d. l. 2. l. 1. §. ult h.* vel per nunciationem qvidem, ſed procuratorio nomine adverſus ſolum extraneum *d. l. 1. §. ult.* Atqve hoc ipſo clara evadunt verba ſeqventia in *d. l. un. §. 4. de remiſſ. & remiſſio utilis erit &c.* alias obſcuriſſima. Nam præſupponitur hic diſtinctio modo allata inter nunciationem proprio & procuratorio nomine factam, & aſſeritur, utiliter nunciari non domino, (ſupple jam ex *l. 1. §. ult. h.* procuratorio nomine) non æqve utiliter domino, ne qvidem ſc. procuratorio nomine *l. 2. ff. h. junct. d. l. 1. §. ult.* Sed adverſus hunc demum vindicationem uſusfructùs dari. Denegat ergo nunciationem, ſc. propriè dictam, cum conceſſiſſet jam ante eandem, ſc. vel procuratorio nomine faciendam, vel improprie & tantum effectutenus ſic dictam. Ita puto conciliari ſatis commodè *l. un. §. 4. cum textib. pugnantib.* & manifeſtum nunc etiam eſſe alterum, propriè loqvendo nec ſervitutum vindicationem, nec novi operis nunciationem competere fructuario, niſi caſum excipere volueris, qvo procuratorio nomine nunciat.

42. Qvod autem in *d. l. 1. §. ult. h.* de uſufructu traditur, idem etiam ad reliqvas ſervitutes perſonales arbitror pertinere, propter rationem communem, de qva mox. Imo tanto magis ad has, qvia, cum ratione durationis par omnium ſit conditio, harum deterior eſt ratione juris ipſius, ſive objecti. Unde nova debilitas argumentum à minori ad majus addit. Eſt autem ratio diverſitatis inter ſervitutes reales & perſonales harum debilitas *arg. l. 16. C. de uſufr.* non intrinſica ratione juris ipſius Nam eatenus realium eadem eſt debilitas; ſed extrinſeca ratione durationis *arg. d. l. 16. C. de uſufr.* Cujus vis fortaſſe tanto magis apparet, ſi meminerimus, nunciationem ex parte nunciati eſſe realem, & inde effectus ſeqvi, qvi minus cōgruant cauſæ ſervitutum perſonalium. Cæte-

Digitized by Google

Cæterum qvemadmodum non refert, an ſervitus ſit im... ædio viſino contiguo, vel remotiori *l. 8. pr. h.* qvia ſcilicet nunciationis cauſa ſervitus eſt *per hačt. tradita*: Ea verò etiam in remotioribus prædiis eſſe poteſt. *d. l. 8. pr. h. l. 4. §. ult. l. 5. ff. ſi ſervit. vindic.* Ita qvoad nunciationis formam omnino refert. Sola enim verbalis intelligitur hic, qvia illi ſoli locus eſt, ſi in alieno ædificetur *l. 5. §. 10.* At ſervitus eſt jus in re aliena. Valde obſtat *l. 6. §. 1. ff. ſi ſervit. vindic.* qvæ etiam in contrarium abripuit ſummos viros, ut ſatius duxerint in *d. l. 5. §. 10. h.* vocabulum *neceſſarium* per utile explicare: vel etiam oppoſitionem ibi non ad ſpecies nunciationis ſed ad interdicta illa qvod vi aut clam & uti poſſidetis reſtringere. Verum poſterior reſponſio videtur nihil ad rem facere. Idem mihi manet ſcrupulus etiam eâ admiſſâ. Prior autem, nimis eſt violenta: præſertim cum in eundem ſenſum tendat *§. antec. inf.* & ejusdem autoris uterqve ſit textus. Arbitror autem ego in *d. l. 6. §. 1.* dici eum qvi ſervitutem habeat, ex gr. ne officiatur luminibus *pr. eod.* poſſeſſorem manere, qvamdiu nihil innovatum ſit: nihil autem innovatum eſſe, ſi alter plane non ædificarit. Nec porro altero ædificante ipſum amittere poſſeſſionem hoc, qvod fortaſſe jactu lapilli, remedio minus congruo *p. l. 5. § 9. & 10. h.* uſus ſit: Salvam etiamnum rem eſſe, modo non omnino patiatur opus fieri, i. e. modo maturè ad remedium aptum properet: Hoc verò non facto poſſeſſionem amitti. Itaq; ſolum dicitur jactu lapilli eo caſu non amitti poſſeſſionum: non verò illud, jactum lapilli eſſe remedium illi cauſæ congruum. Imo potius contrarium vi rat. dub. qvæ facile hæc ſubeſſe videtur, qvod jactus lapilli non conveniat huic cauſæ, adeoqve poſſeſſor poſſeſſionem ſuam amiſiſſe videatur eo utendo. 43.

Dominium & ſervitus autem cauſæ nunciationis ſunt idoneæ per ſe qvidem. Alias enim eſt ex accidenti non ſunt, vitio perſonæ inhabilis, cui competunt. *l. 5. pr.* Et qvidem pupillus ſine auctoritate tutoris nunciare neqvit *l. 5. pr. h.* tum propter periculum iniqvæ nunciationis de qvo *infra th. 91.* tum propter actus judiciales nunciationem ſeqventes *arg. l. 1. §. 9. h. junct. l. 1. §. 3. ff. de poſtul l. 1. de his qvi legit. perſon. ſtand. in judic.* Excipe caſum ſi tutoris copia haberi neqvit, vel nullum adhuc habet *arg. l. 7. C. qvi admitt. ad bonor. poſſeſſ.* 44

Cum tutoris autoritate idem recte nunciat *d. l. 5. pr. h.* Minor usqve ad complementum anni 17. nec ipſe regulariter nunciat, qvia eousqve legitimam perſonam ſtandi in judicio non habet *l. 1. § 3. ff. de poſtul.* Poſt illam ætatem videtur admittendus *arg. d. l. 1. §. 3. de poſtul.* Sexus autem ratio hic non habetur *arg. l. 1. §. 5. ff. de poſtul. l. 6. ff. de popul. action.* niſi qvat, mulier alieno nomine nunciare velit *per dd. text. & l. 2. ff de R. J.*

45. Illi verò, qvi nunciare poſſunt, id vel per ſe vel per alios faciunt *l. 1. §. 3. h.* ſcil. per eos, qvi ejus rei habent aliqvod mandatum vel juris, tutores & curatores *l. 7. §. 1. h.*, vel perſonæ, ſive verum & vel directum, ut procurator *l. 1. §. 3. l. 5. §. 18. & ult. cum LL. ſqq. 6. & 7. l. 13. pr. l. 17. h.* vel indirectum, uſufructuarius *l. 1. §. ult. h.* per mandatam rei cuſtodiam, non nudam, ſed jus in re inſimul tribuentem. Qvo excluduntur inqvilinus & colonus it. ſervi *l. 5. §. 1.* non obſtante *l. 1. §. 3. ff. qvod vi aut clam* de illo ſcilicet interdicto agente: ſive fictum ac merè præſumtum, ut negotiorum geſtor. *arg. l. 1. §. 3. l. 1. ff. de negot. geſt.*

46 IV. Adversus Molientem Novum Opus. Qvibus verbis duo notantur 1. Perſona cui nunciatur. 2. Res, ſuper qva nunciatio interponitur. Utrumqve materiæ rationem habet, illud ſubjectivæ, ſive ſubjecti patientis (cum de agente hucusqve dictum jam ſit *vid. th. ſupr. 18.*) Hoc objectivæ ſive objecti: de utroqve videndum eſt ſeorſim.

47 Subjectum autem patiens conſtituo perſonam, ſc. formale, qvod oportet eſſe intelligens & ratione & jurisdictamine *l. 11 ff. h.* Effectùtenus & ipſa res eo referri poteſt; qvatenus ſcilicet nunciatio ita fit perſonæ, ut rem ipſam inſimul afficiat *l. 10. l. ult. h. t.* Unde qvodammodo videri poteſt rei fieri, Sed rectius dicitur fieri perſonæ in rem *d. l. 10. h.* Simile eſt in pactis qvibusdam *l. 7. §. 10. de pact.* Unde male corrigitur lectio Florentina in *d. l. ult. c. in verb. operis*, dum qvidam ſubſtituunt *operi.*

48 Perſona illa eſt vel principalis, vel minus principalis ſeu miniſterialis *arg. l. 5. § 3 l. 11 h.* Principalis eſt is, qvi novum opus facit *l. 1. §. 2. 17. 18. l. 5 §. 5. 10. & 11. l. 8. pr. & paſſ.* Ampliat. 1. ſive per ſe, ſive per alium faciat *arg. l. 5. §. 3. l. 20. h. § 7. 2.* ſive in cauſæ privatæ, ſive publicæ

Etiam

præjudicium ædificet *l* 1.§.16. *&* 17 *l.5.§.9.ff.h.ſupr.th.21. & ſ qq. 3.* Etiamſi in re communi agat, non tamen communi nuncianti & nunciato *l.3.§.1.verſ.plane ſi & 2.* ſed aliis extraneis *d.l.3.§.1.pr.l.5.§.5.* De priori caſu agetur *th.55.* 4. Etiam ſi in tutela vel cura ſit; nec opus ad id eſt auctoritate tutorum & curatorum *l.10.h.l.11. eod.* Rat. eſt, qvia non perſonæ ſimpliciter fit, ſed perſonæ in rem *d.l.10.h.facit.l.46.ff.de O. & A.l.1.pr.ff.de contr.tut* 5. Fit etiam ignoranti, abſenti, invito *l 1.§.5.l.5.§.3.l.10. & 11.h.* per rationem, qvod fit in rem ipſam modo interveniat perſona miniſterialis intelligens, qvæ id principali renunciare poſſit *l.11.l.5.§.3.h.* Exceptio eſt in Prætore adverſus qvem non nunciatio formaliter, ſed honoris cauſa interim proteſtatio competit, donec finito officio nunciari poſſit: eodem verò effectu, ac ſi ab initio ſtatim efficaciter & formaliter nunciatum fuiſſet *l.5.§.7.h.*

Perſona minus principalis eſt, per qvam principali nunciatur in effectu *l.11.h.l.5.§.3.* Et ſunt omnes, qvi ſunt in re præſenti 49
domini operisve cauſa *l.5.§.3.h.* Et præter intellectum nec ſtatus, nec ætatis, nec ullius, deniqve aliûs rei ratio habetur *d.l.5.§.3. l.11.eod.*

II. Objectum eſt novum opus *rubr. & t.t h.* Voc. *novum* communis & veluti tranſcendentalis ſignificatus, qvem ad omne ſub- 50
ſtantivum affert, eſt, qvo denotat id, qvod antea non fuit. Deinde verò idem in compoſitione cum ſubſtantivis, qvibus accedit, varie ſignificat. Videantur brevitatis cauſa Lexicographi. Idem & hic accidit. Denotat enim iniqvum, uti patebit *ex ſeqq.* Verum ita & alias ſumitur *l.1.pr.l.3.pr.ff.qvodqviſq; iur.* Voc. *Opus* qvoqve alias latiꝰ ſumitur in jure pro omni opere tam eo, qvod ſolo conjunctum eſt, qvam qvod non eſt *l.1.§.12 ff.h.* tam perfecto, qvam imperfecto. *arg.l.30.§.3.ff.locat.* Hic vero ſtrictius, ut patebit.

Itaqve qvomodo utrumqve vocabulum in compoſitione hac accipiatur nunc etiam videamus penitius. Et naturaliter qvidem 51
novum opus eſt omne illud, qvod cum antea non eſſet, nunc eſſe cœpit, vi vocabulorum ſimplicium. Civiliter autem ſolum illud, qvod I. ſolo conjunctum eſt, cujus aliqva poteſt eſſe ædificatio aut demolitio *l.1.§.12.* II. Injuſtum *arg. l.1.§.16. & 18.* ſi non verè, fal-

tem præſumtivè tale: *l.20. §.4. h.* Qvo removentur objectiones *l.1. pr. l.20. §.1. & 3. vid. th. ſupr. 18. 19. 20.* Ubi itaqve nec præſumtio iniqvitatis eſt, nunciatio non tenet, *d. th. 20.* conſeqventer novum opus non eſt. Exempla ſunt in *l. 1. §. ult. l.2. §. 1. & 2. l. 3.* §. 3. *l. 5.* §. *1.2.3.4. junct. l.20.* §.1. III Sive ædificando, ſive deſtruendo fiat *l.1. §.11. & 12. l. 20.* §. 2. *h.* eodem ſenſu, qvo ens poſitivum & privativum entis; habitus & privatio qvalitatis vocabulo continentur apud Philoſophos. Similiter etiam in hac materia ædificare oppoſitum ſuum deſtruere ſimul complectitur *l.1.§.7. junct.* §.11. & 12. & facere tollere *l. 20.§. 1. junct. §. 2.h.* & alias qvoq; factum etiam non factum *§. ult. Inſt. de V.O.* IV, Futurum *l. 1.§.1. l.8.§.1. & 5.* voc. ſc. *opus* in ampliatione ſumto. Ratio autem hujus rei eſt, ſive qvod interdictum hoc eſt prohibitorium; prohibentur autem tantum futura: ſive qvod ultimo eodem redit, qvia hoc remedium eſt juris conſervandi *l.1.§.16.h.* Differt autem conſervatio rei propriè dicto ab ejusdem reparatione, ſ. reſtitutione *l. ult. C. in qvib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ non eſt.* Unde de præteritis datur interdictum *qvod vi aut. clam. l.1.§.1.h.* utpote reſtitutorium *l.1.pr. & §.1.ff. qvod vi aut. clam. §.6. Inſt. de interd.* Opera autem illa vel ſunt ſimpliciter futura, vel ſecundum qvid. Hujus generis ſunt cœpta & nondum abſoluta; qt. ſc. perfecta nondum ſunt. *l. 21. §.3. l.8.§.1 h.* illius ne qvidem cœpta, ſed ſolo conſilio conſtantia *l.5.§.2.h.* vi oppoſitionis inter ædificare *junct. l.8.§.1. & l.1.§.1.* & inchoare ædificare. Conſilium autem intelligo completum, h. e. qvod ad aliqvem actum externum operis præparatorium proceſſerit. Nudæ enim cogitationis pœnam nemo luit *l. 18. ff. de pæn.* nec de eo nuncianti conſtare poteſt; minus de ejus eventu aut ſucceſſu; nec propriè Prohibitionis remedio jus ſuum is conſervare poteſt, cum nondum impetatur. Itaq; breviter opus novum hic eſt: *Opus ſoli iniqvè ſive ædificando ſive deſtruendo faciendum.* Nec obſt. *l. 1.§.11. h.* rationem formalem novi operis in mutatione priſtinæ formæ ponens Vel enim non tam ad externam rei formam, qvam illam internam juris reſpicit; vel ab accidente deſcriptionem petit, qvia utplurimum accidit formam priſtinam in opere novo mutari: imò vix caſus excogitare poteſt, qvo ſecus contingat.

52. Hinc removentur 1. opera non ſoli *l.1.§.12.* 2. nec revera nec præ-

præſumtivè iniqva. Qvo pertinent omnia, adverſus qvæ nunciatio ob defectum aliqvem formalem non ſubſiſtit, qvia tum permittente jure fiunt *l. ult. qvod qviſq. iur.* Speciatim autem de qvibusdam agetur *in ſeq.* 3. Facta, qva talia itaqve perfecta non tantum intelligo ea, qvæ plane abſoluta ſunt, ut integri operis formam exhibeant . 21. §. 3. ſed etiam cœpta, & ex parte tantum abſoluta, qva ſc. abſoluta ſunt *l. 1. §. 1. l. 8. §. 1.* non obſtante *l. 5. §. 1. ff. de V. S.* Nam in locato opere ita qvidem eſt, ut niſi abſolutum, pro opere non habeatur, qvia totum in contractum deductum eſt.

Dixi *th. antec.* ſpeciatim actum iri de qvibusdam operibus non iniqvis, adeoq; vel ex hoc capite à nunciatione immunibus. Sunt autem I. Opera reficienda *l. 1. §. 13.* ſive legatur *fulciat*, ſive *reficiat*, propter rationem ſubjectam: Unde regula: Qvicunqve opus novum non facit, ſed veteri ſuſtinendo remedium adhibet à nunciatione immunis eſt, adde *l. 5. §. 11. l. un. de via public. reficiend. l. 3. §. ult. ff. de itin. actuq. privat. l. 1. pr. & §. 1. ff. de riv.* Nec diſtinguo ego ex *l. 1. §. 11. h.* inter refectionem, qva prior forma ſervetur, & qva mutetur, niſi textus ille de interna juris forma accipiatur *th. antec. 51. in f.* Hanc verò limitationem tacitè, ac vi oppoſitionis inter opus novum & opus refectum repetitam volo, ut poſterius ſit demum illud, qvod ſine iniqvitate refectum fuerit. 53.

II. Opera, qvæ in re communi exſtruuntur. Res communis dupliciter dicitur 1. abſolutè & ex J. G. qvæ nullius eſt, cujus verò uſus patet omnibus *pr. Inſt. de R. D. l. 3. ff. ne. qvid in loc. publ. l. 50. ff. de acqvir. rer. dom.* 2. ſecundum qvid & ex J. C. qvæ eſt in plurium dominio. Prior ſignificatio huc pertinet: poſterior ad *th. ſeq.* de his verò, de qvibus hic agendum eſſet, totum negotium jam expeditum eſt *ſupr. th. 21.* 54.

III. Opera in re poſteriori modo ſc. J. C communi. De his eſt *l. 3. §. 1. & 2.* non tamen ſimpliciter res communis intelligitur *arg. d. l. 3. §. 1. pr. vid. th. 27. & 48.* ſive pluribus ædificantibus, ſive pluribus nunciantibus *l. 5. §. 5. & 6. l. 18. l. 47. fam. hercisc.* ſed nuncianti & nunciato *l. 3. §. 1. verſ. plane ſi & §. 2. eod.* modo expeditum ſit, rem eſſe communem, & judicis copia haberi poſſit, juxta Dd. Nec enim refert, an res, cui nocetur, & ipſa ſit communis *d. l. 3. §. 1. verſ. plane ſi,* 55.

necne §. *ſeq.* rationem eſſe puto, qvod, qvi fatetur ædificantem ſocium, ſ. rem communem, fatetur eo ipſo eundem dominum iſtius rei eſſe, pro indiviſo ſaltem, etiam in minima ejus particula. At verò contra eum, qvi manifeſtò in ſuo ædificat, nunciatio non datur *ſupr. th. 20.* Itaq; hoc caſu opus novum non eſt *th. 51.* Si placet, conjungi poſſunt & illæ rationes, qvod par in parem non habet imperium *l. 14. ff. de iuris dict.* vel qvod nunciatio fiat in rem certam; Id qvod hoc caſu deſideratur. Veruntamen, licet in manifeſtè ſuo ſocius ædificet, cum tamen nihilominus alteri ſocio injuria fiat, ideoq; alia remedia ipſi comparata ſunt, nempe judicium communi dividundo, & prohibitio per Prætorem *d. l. 3. §. 2. in f. h.* Intelligo autem eam prohibitionem per Prætorem, qvæ & ipſa nunciationis ſpecies eſt *l. 5.* §. *10.* Ex qvo promanat *in h. l. 3. §. 1. & 2.* vi oppoſitionis tantum intellligi nunciationis vocabulo privatam verbis & jactu lapilli. Diverſitatis ratio videtur eſſe, qvod par in parem non habet imperium: tum metus rixarum & turbarum, qvibus communio alias expoſita eſt *l. 77.* §. *20. de legat. 2. l. 26. §. 14. ff. de condict. indeb. l. 26. verſ. propter immenſas ff. de ſervit. Urban. Prædior.* Atqve ita meo judicio accipiendus eſt textus *d. l. 3. §. 2. verſ. qvia.* Nec n. illa ratio poteſt eſſe decidendi, ſed videtur tantum eſſe reſpondendi ad rationem dubitandi tacitè ſubintellectam, qvod ita injuria fiiat ſocio. Simile accidit in *l. un. §. 4. de remiſſ.* ejuſdem Ulpiani, ut hunc morem Ulpiano familiarem fuiſſe conjicere liceat. Opus autem eſt hac *d. verſ. qvia* explicatione, cum alias illud abſurdum inde prodiret, qvod prohibitio Prætoria & actio ordinaria excluderent beneficium nunciationis, contra *l. 5.* §. *10. l. un.* §. *2. de remiſſ.* niſi etiam hic dicere malueris, conjunctiones, ſua natura cauſales, uſu aliqn. eſſe ſimpliciter enunciativas, ut in eadem materia in *l. 1. §. 2. h. in verbo enim.*

56. IV. Opera, qvæ non patiuntur moram *l. 5.* §. *12.* Qvippe ubi nec ex parte ædificantis iniqvitas ſubeſt propter neceſſitatem ſive juſtum periculi metum: nec ex parte læſi, cum ipſi aliis remediis ſatis conſultum ſit *l. 19. h.* Atqve alias qvoqve favor periculorum evidandorum magnus eſt, ut in *l. 1. §. ult. ff. de fer. l. 10.* §. *16. ff. qvæ in fraud. creditor. l. 5. §. 13. h.* Qvod idem ſtatuo in cauſa refectionis, *per ſ. und. text.*

Cæte-

Cæterum an intra, vel extra oppida, & hoc caſu an in villis 57.
vel agris, ſive etiam in loco publico vel privato *l. 1. §. 14. ff h. t.* In re noſtra, vel aliena *l. 5. §. 9. & 10.* (modo huc addatur, qvod ſi in aliena, verbalis uſurpanda ſit *l. 5. §. 10. h. vid. ſupr. th. 43.*) Prædio vicino vel remotiori opus fiat *l. 8. pr.* it. an de toto prædio, vel de parte ejus nuncietur, plane nihil refert, nec in eo qvicqvam verſatur novi operis ratio.

V. FORMA JURE DEFINITA. Forma autem nunciationis 58.
eſt vel eſſentialis, vel accidentalis: illa eſt vel communis, vel propria. Ad communem refero reqviſita illa omnium ſpecierum communia, qvorum vel unius defectus unamqvamqve vitiat, de qvibus partim hactenus actum eſt; partim agetur hoc articulo, partim in ſeqq. Nihil verò impedit, qvæ alio reſpectu, ſingula ſeorſim, ad cauſam efficientem, ſubjectum, objectum, finem, effectum, contraria referuntur, qvin eadem collectivè ſumta formam conſtituant, qvæ, ſcilicet ad eſſe & diſtinguere faciunt. Huc verò pertinent nunciandi modus & locus.

Modus nunciationis triplex eſt, per Prætorem, jactu lapilli, 59.
& verbis *l. 5. §. 10. h.* ſcilicet dicto ſuppoſitione confuſa accipiendo & modis illis diſjunctivè explicandis. Nam diſjunctim accepti iſti modi ſinguli formæ propriæ rationem ſuſtinent, ac tres diſtinctas ſpecies conſtituunt, de qvibus *in ſeqq.* Hoc autem modo eos conſideratos ad communem formam refero propterea, qvia omnis nunciatio eorum aliqvo fiat, oportet *d. l. 5. §. 10.* Id enim demum intelligitur permiſſum edicto, qvod èodem continetur *arg. l. 1. pr. §. 1. & 12. l. 8. §. 2.* plures autem non continentur *d. l. 5. §. 10.* Sunt qvidem, qvi qvartum addunt, per manus oppoſitionem; alii unicum tantum tradunt. De illis vid. *th. 62.* de his *th. 61.*

Locus nunciationis eſt res præſens, ſive ipſum opus *l. 5. §. 2. 3. 4. 16.* 60.
Ita qvidem ut alibi facta ipſo jure nulla ſit *d. §. 4. l. 5. h.* Unde ſi in pluribus locis opus ſit, plures nunciationes deſiderantur *d. l. 4. §. 16.* nec attenditur ex parte nunciati ſcientia *d. §. 4. pr.* non obſtante *verſ. cæterum inf. eod.* ubi dicitur ſi alibi fiat nunciatio, agi adverſus edictum, etiamſi per ignorantiam ædificetur. Nam aut tantum materialiter hoc intelligitur, aut ſecundum qvid ſolummodo, i. e. agi adverſus

adverſus intentionem interdicti, qvippe qvod optimè conſulere voluit utriqve & nuncianti & nunciato, *arg. l. 21. §. 1.* aut ſi non ratione nunciati ad effectum demolitionis, ſaltem ratione publicæ urbium magnificentiæ, ac decoris *l. 20. §. 10. h. l. ult. ff. ne quid in loc. public.* Vel deniqve poſſunt verba illa hypothetice accipi & voc *fieri* non tantum de facto nudo, ſed etiam de jure una exaudiri, hoc ſenſu: Si nunciatio etiam alibi, qvam in re Præſenti, rite fieri poſſet, ſæpe accideret, ut per ignorantiam ageretur adverſus edictum & nunciatus pænas daret juſtæ ignorantiæ. Faciunt expreſſæ particulæ *ſi*, & altera adverſativa illa *cæterum*: qvæ inſimul rationem annectit ſuperioribus. Qvid ſi nemo præſens ſit, nec res moram patiatur? Operi nunciationem facere ineptum puto *Vid ſupr. th. 47.* Arbitror itaqve Prætori rem committendam eſſe, etiamſi alter in ſuo ædificet, ut eo caſu ex officio agat. Magiſtratus enim eſt δίκαιον ἔμψυχον: *Arl. 5. Ethic. c. 4.* Lex mutus magiſtratus: magiſtratus lex loqvens *C. 3. de LL.*

60 Forma propria, ſecundum *th. 58. & 59.* eſt qvivis modus ſeorſim ſumtus ſpeciei ſuæ, qvam conſtituit, proprius, nempe prætoriæ fieri per Prætorem publice *l. 5. §. 10.* miniſtrante ſc. officio *arg. l. 16. h.* reliqvarum duarum fieri privatim ab ipſo læſo immediatè, nempe per manum, i. e. ictum ſive jactum lapilli, aut verbis *d. l. 5. §. 10.* Atqve ita tres nunciationis ſunt ſpecies, Prætoria, per jactum lapilli & verbalis. Sunt, qvi addunt qvartam; alii, qvi tantum unicam tradunt, verbalem, cæteras prohibitiones potius appellantes. Hi ſi vocabulum *nunciatio* ſtrictiſſimè accipiunt, à veritate haut abludunt; ſed & tum analogicæ ſpecies etiam prohibitiones illæ dici poſſunt: Si a nobiscum aliqvando latius, ut *in rubr. de N. O. N.* & hac materia regulariter, in ſignificatione ſcilicet tertia juxta *th. 3.* veræ ſpecies erunt, De illis *th. ſeqvens* docebit.

61 De Prætoria non eſt ut denuo agamus. Jactum lapilli accipio propriè propter veſtigia illa vis imaginariæ olim ex LL. XII. tabb. in forum introductæ *Gell. 20. c. 9.* cujus ſpecies & hæc prohibitio fuiſſe videtur, ejusqve porro ſinonymum pono manum *per l. 5 §. 1. h.* Unde haut probatur opinio eorum, qvi metonymicè accepta illa Phraſi intelligunt deſtructionem propria autoritate, ſive

oppoſi-

Digitized by Google

oppoſitionem manus *per l. 50. de acqvir. rer. dom. l. 29. §. 1. f. ad L. Aqvil. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam.* Nam phraſis *manu prohibere* ambigua videtur eſſe ſignificare 1. Lapilli jactu prohibere *d. l. 5. §. 10. h.* 2. oppoſitione ſe ſuaqve tueri, *ut in l. 50. de acqr. rer. dom.* Si in *d. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam* ſtatuatur priori modo ſumi, *l. 50. de acqr. rer. dom.* nihil facit, nec illam 20. §. 1. interpretatur, propterea, qvi aliter phraſis utrinqve accipitur; ſin poſteriori modo, non eſt ſpecies nunciationis *arg. l. 5. §. 10. h.* Minus faciunt textus reliqvi. Id enim tantùm dicunt, poſſe qvem deſtruere propria auctoritate, qvod alius ædificare velit in re illius poſſidentis, non etiam hoc, qvod illa deſtructio ſit nunciatio; minus, qvod ſit illa per jactum lapilli. Cæterum diſtinctione aliorum inter tempora nec opus eſt, nec ea fortaſsè ſuſtineri poteſt. Conſeqventer nec audienda nunc eorundem opinio, qvi qvatuor ſpecies conſtituunt, aliam per jactum lapilli, aliam per oppoſitionem manus ſtatuentes *per d. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam.* Satis enim per hactenus dicta hæc eliduntur. Jactum autem lapilli intelligo non ex, ſive de opere, ſed in opus; propter merum turbatum, & nullitatem rationis, qva altera nonnullorum opinio fundatur, qvaſi meticuloſum ſit in opus projicere, ac conſeqventer nulla ratio dari poſſit, qvamobrem verbali nunciatione poſſeſſio transferatur, non etiam transferatur jactu lapilli *l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. h.* Nititur enim falſa hypotheſi, qvaſi ejus rei ratio in verbali eſſet metus. *vid. th. infr. 94.* Verba præter jactum alii deſiderant *gl. in d. l. 5. §. 10.* Fortaſſe autem rectius ſolus jactus aſſeritur *arg. l. 21. pr. de legat. 3.*

Verbalis, nunciatio in ſpecie dicta, ſit privatim, nudis verbis 63 *l. 5. §. 10.* Qvorum altero à Prætoria, altero ab illa per jactum lapilli differt. Non intereſt, qvomodo verba ſint concepta, ſive in rem *l. 10. h. junct. l. 7. §. 12. ff. de pact.* ſive in perſonam *arg. l. 8. §. 2.* nam *d. l. 10. h.* non ad verborum formulam, ſed rem ipſam refertur: præſertim cum ſit communis omnium formarum *fac. l. 11. l. pen. h.* Qvod idem etiam ad cæteras ſpecies ratio extendit.

Formæ accidentalis loco pono accidentia nunciationis, qvæ 64 ſunt vel neceſſaria vel contingentia. Illius generis eſt cauſæ editio ad inſtantiam nunciati, non ea, qvæ conjuncta eſt cum ipſa cauſæ juſtificatione per probationes *l. 1. §. 9. l. 15. inf.* ſed ſimplex, qvia ex

Digitized by Google

vindicationem habeat. Qvæ ſicut videntur fortiſſime pugnare cum anterioribus, ita fortiſſime pro nobis faciunt & exactiſſimè cum illis conveniunt. Cum n. hic nexus inter vindicationem ſervitutis & nunciationem ſtabiliatur, ſeqvetur, qvo ſenſu Julianus illam hic affirmarit, eodem & hanc tradere. Jam vindicationem ſervitutum intellexit non formalem, ſed impropriam effectutenus demum ſic dictam *th. antec.* E. & nunciationem demum talem intelligit, hoc eſt, eam, qvæ ſit formaliter vel per petitionem uſusfructus, tam adverſus dominum, qvam extraneum *d.l.2.l 1.§ult h.* vel Per nunciationem qvidem, ſed procuratorio nomine adverſus ſolum extraneum *d.l. 1.§.ult.* Atqve hoc ipſo clara evadunt verba ſeqventia in *d. l. un. §.4. de remiſſ. & remiſſio utilis erit &c.* alias obſcuriſſima. Nam præſupponitur hic diſtinctio modo allata inter nunciationem proprio & procuratorio nomine factam, & aſſeritur, utiliter nunciari non domino, (ſupple jam ex *l. 1.§.ult. h.* procuratorio nomine) non æqve utiliter domino, ne qvidem ſc. procuratorio nomine *l. 2.ff. h. junct. d.l.1.§.ult.* Sed adverſus hunc demum vindicationem uſusfructùs dari. Denegat ergo nunciationem, ſc. propriè dictam, cum conceſſiſſet jam ante eandem, ſc. vel procuratorio nomine faciendam, vel improprie & tantum effectutenus ſic dictam. Ita puto conciliari ſatis commodè *l. un.§.4. cum textib. pugnantib.* & manifeſtum nunc etiam eſſe alterum, propriè loqvendo nec ſervitutum vindicationem, nec novi operis nunciationem competere fructuario, niſi caſum excipere volueris, qvo procuratorio nomine nunciat,

42. Qvod autem in *d. l. 1.§.ult.h.* de uſufructu traditur, idem etiam ad reliqvas ſervitutes perſonales arbitror pertinere, propter rationem communem, de qva mox. Imo tanto magis ad has, qvia, cum ratione durationis par omnium ſit conditio, harum deterior eſt ratione juris ipſius, ſive objecti. Unde nova debilitas argumentum à minori ad majus addit. Eſt autem ratio diverſitatis inter ſervitutes reales & perſonales harum debilitas *arg.l.16.C. de uſufr.* non intrinſica ratione juris ipſius Nam eatenus realium eadem eſt debilitas; ſed extrinſeca ratione durationis *arg. d.l. 16. C. de uſufr.* Cujus vis fortaſſe tanto magis apparet, ſi meminerimus, nunciationem ex parte nunciati eſſe realem, & inde effectus ſeqvi, qvi minus cõgruant cauſæ ſervitutum perſonalium. Cæte-

Digitized by Google

Cæterum qvemadmodum non refert, an ſervitus ſit imp[illegible]æ- 43.
dio vicino contiguo, vel remotiori *l. 8. pr. h.* qvia ſcilicet nunciatio-
nis cauſa ſervitus eſt *per hact. tradita*: Ea verò etiam in remotiori-
bus prædiis eſſe poteſt. *d. l. 8. pr. h. l. 4. §. ult. l. 5. ff. ſi ſervit. vindic.* Ita
qvoad nunciationis formam omnino refert. Sola enim verbalis in-
telligitur hic, qvia illi ſoli locus eſt, ſi in alieno ædificetur *l. 5. §. 10.* At
ſervitus eſt jus in re aliena. Valde obſtat *l. 6. §. 1. ff. ſi ſervit. vindic.* qvæ
etiam in contrarium abripuit ſummos viros, ut ſatius duxerint in *d.
l. 5. §. 10. h.* vocabulum *neceſſarium* per utile explicare: vel etiam op-
poſitionem ibi non ad ſpecies nunciationis ſed ad interdicta illa
qvod vi aut clam & uti poſſidetis reſtringere. Verum poſterior re-
ſponſio videtur nihil ad rem facere. Idem mihi manet ſcrupulus
etiam eâ admiſſâ. Prior autem, nimis eſt violenta: præſertim cum
in eundem ſenſum tendat *§. antec. inf.* & ejusdem autoris uterqve ſit
textus. Arbitror autem ego in *d. l. 6. §. 1.* dici eum qvi ſervitutem
habeat, ex gr. ne officiatur luminibus *pr. eod.* poſſeſſorem manere,
qvamdiu nihil innovatum ſit: nihil autem innovatum eſſe, ſi alter
plane non ædificarit. Nec porro altero ædificante ipſum amitte-
re poſſeſſionem hoc, qvod fortaſſe jactu lapilli, remedio minus con-
gruo *p. l. 5. § 9. & 10. h.* uſus ſit: Salvam etiamnum rem eſſe, modo non
omnino patiatur opus fieri. i. e. modo maturè ad remedium aptum
properet: Hoc verò non facto poſſeſſionem amitti. Itaq; ſolum
dicitur jactu lapilli eo caſu non amitti poſſeſſionum: non verò il-
lud, jactum lapilli eſſe remedium illi cauſæ congruum. Imo potius
contrarium vi rat. dub. qvæ facile hæc ſubeſſe videtur, qvod jactus
lapilli non conveniat huic cauſæ, adeoqve poſſeſſor poſſeſſionem
ſuam amiſiſſe videatur eo utendo.

Dominium & ſervitus autem cauſæ nunciationis ſunt idoneæ
per ſe qvidem. Alias enim eſt ex accidenti non ſunt, vitio perſonæ 44
inhabilis, cui competunt. *l. 5. pr.* Et qvidem pupillus ſine auctori-
tate tutoris nunciare neqvit *l. 5. pr. h.* tum propter periculum iniqvæ
nunciationis de qvo *infra th. 91.* tum propter actus judiciales nunci-
ationem ſeqventes *arg. l. 1. §. 9. h. junct. l. 1. §. 3. ff. de poſtul l. 1. de his qvi
legit. perſon. ſtand. in judic.* Excipe caſum ſi tutoris copia haberi ne-
qvit, vel nullum adhuc habet *arg. l. 7. C. qvi admitt. ad bonor. poſſeſſ.*

Digitized by Google

Cum tutoris autoritate idem rectè nunciat *d. l. 5. pr. h.* Minor usqve ad complementum anni 17. nec ipſe regulariter nunciat; qvia eousqve legitimam perſonam ſtandi in judicio non habet *l. 1. § 3. ff. de poſtul.* Poſt illam ætatem videtur admittendus *arg. d. l. 1. §. 3. de poſtul.* Sexus autem ratio hic non habetur *arg. l. 1. §. 5. ff. de poſtul. l. 6. ff. de popul. action.* niſi qvat, mulier alieno nomine nunciare velit *per dd. text. & l. 2. ff de R. J.*

45. Illi verò, qvi nunciare poſſunt, id vel per ſe vel per alios faciunt *l. 1. §. 3. h.* ſcil. per eos, qvi ejus rei habent aliqvod mandatum vel juris, tutores & curatores *l. 7. §. 1. h.*, vel perſonæ, ſive verum & vel directum, ut procurator *l. 1. §. 3. l. 5. §. 18. & ult. cum LL. ſqq. 6. & 7. l. 13. pr. l. 17. h.* vel indirectum, uſufructuarius *l. 1. §. ult. h.* per mandatam rei cuſtodiam, non nudam, ſed jus in re inſimul tribuentem. Qvo excluduntur inqvilinus & colonus it. ſervi *l. 5. §. 1.* non obſtante *l. 1. §. 3. ff. qvod vi aut clam* de illo ſcilicet interdicto agente: ſive fictum ac merè præſumtum, ut negotiorum geſtor. *arg. l. 1. §. 3. l. 1. ff. de negot. geſt.*

46 IV. ADVERSUS MOLIENTEM NOVUM OPUS. Qvibus verbis duo notantur 1. Perſona cui nunciatur. 2. Res, ſuper qva nunciatio interponitur. Utrumqve materiæ rationem habet, illud ſubjectivæ, ſive ſubjecti patientis (cum de agente hucusqve dictum jam ſit *vid. th. ſupr. 18.*) Hoc objectivæ ſive objecti: de utroqve videndum eſt ſeorſim.

47 Subjectum autem patiens conſtituo perſonam, ſc. formale, qvod oportet eſſe intelligens & ratione & jurisdictamine *l. 11 ff. h.* Effectu tenus & ipſa res eo referri poteſt: qvatenus ſcilicet nunciatio ita fit perſonæ, ut rem ipſam inſimul afficiat *l. 10. l. ult. h. t.* Unde qvodammodo videri poteſt rei fieri, Sed rectius dicitur fieri perſonæ in rem *d. l. 10. h.* Simile eſt in pactis qvibusdam *l. 7. §. 10. de pact.* Unde male corrigitur lectio Florentina in *d. l. ult. c. in verb. operis,* dum qvidam ſubſtituunt *operi.*

48 Perſona illa eſt vel principalis, vel minus principalis ſeu miniſterialis *arg. l. 5. § 3 l. 11 h* Principalis eſt is, qvi novum opus facit *l. 1. §. 2. 17. 18. l. 5 §. 5. 10. & 11. l. 8. pr. & paſſ.* Ampliat. 1. ſive per ſe, ſive per alium faciat *arg. l. 5. §. 3. l. 20. h. § 7. 2.* ſive in cauſæ privatæ, ſive publicæ

Etiam

præjudicium ædificet *l* 1.§.16. *&* 17.*l.5.§.9.ff. h. ſupr. th.21. & ſqq.* 3. Etiamſi in re communi agat, non tamen communi nuncianti & nunciato *l.3.§.4.verſ. plane ſi & 2.* ſed aliis extraneis *d.l.3.§.1.pr.l.5.§.5.* De priori caſu agetur *th.55.* 4. Etiam ſi in tutela vel cura ſit; nec opus ad id eſt auctoritate tutorum & curatorum *l. 10.h.l. 11. eod.* Rat. eſt, qvia non perſonæ ſimpliciter fit, ſed perſonæ in rem *d. l. 10 h. facit. l. 46.ff. de O. & A.l.1.pr.ff. de contr. tut* 5. Fit etiam ignoranti, abſenti, invito *l 1.§.5.l.5.§.3.l.10. & 11.h.* per rationem, qvod fit in rem ipſam modo interveniat perſona miniſterialis intelligens, qvæ id principali renunciare poſſit *l.11.l.5.§.3.h.* Exceptio eſt in Prætore adverſus qvem non nunciatio formaliter, ſed honoris cauſa interim proteſtatio competit, donec finito officio nunciari poſſit: eodem verò effectu, ac ſi ab initio ſtatim efficaciter & formaliter nunciatum fuiſſet *l.5.§.7.h.*

Perſona minus principalis eſt, per qvam principali nunciatur in effectu *l.11.h.l.5.§.3.* Et ſunt omnes, qvi ſunt in re præſenti 49
domini operisve cauſa *l.5.§.3.h.* Et præter intellectum nec ſtatus, nec ætatis, nec ullius, deniqve aliûs rei ratio habetur *d.l.5.§.3. . l. 11. eod.*

II. Objectum eſt novum opus *rubr. & t.t h.* Voc. *novus* communis & veluti tranſcendentalis ſignificatus, qvem ad omne ſub- 50
ſtantivum affert, eſt, qvo denotat id, qvod antea non fuit. Deinde verò idem in compoſitione cum ſubſtantivis qvibus accedit, varie ſignificat. Videantur brevitatis cauſa Lexicographi. Idem & hic accidit. Denotat enim iniqvum, uti patebit *ex ſeqq.* Verum ita & alias ſumitur *l.1. pr. l.3. pr. ff. quodquiq; iur.* Voc. *Opus* qvoqve alias latiꝰ ſumitur in jure pro omni opere tam eo, qvod ſolo conjunctum eſt, qvam qvod non eſt *l.1.§.12.ff.h.* tam perfecto, qvam imperfecto. *arg. l. 30. §. 3. ff. locat.* Hic vero ſtrictius, ut patebit.

Itaqve qvomodo utrumqve vocabulum in compoſitione hac accipiatur nunc etiam videamus penitius. Et naturaliter qvidem 51
novum opus eſt omne illud, qvod cum antea non eſſet, nunc eſſe cœpit, vi vocabulorum ſimplicium. Civiliter autem ſolum illud, qvod I. ſolo conjunctum eſt, cujus aliqva poteſt eſſe ædificatio aut demolitio *l.1.§.12.* II. Injuſtum *arg. l.1.§.16. & 18.* ſi non verè, ſal-

Digitized by Google

tem præſumtivè tale: *l. 20. §. 4. h.* Qvo removentur objectiones *l. 1. pr. l. 20. §. 1. & 3. vid. th. ſupr. 18. 19. 20.* Ubi itaqve neo præſumtio iniqvitatis eſt, nunciatio non tenet, *d. th. 20.* conſeqventer novum opus non eſt. Exempla ſunt in *l. 1. §. ult. l. 2. §. 1. & 2. l. 3. §. 3. l. 5. §. 1. 2. 3. 4. junct. l. 20. §. 1.* III Sive ædificando, ſive deſtruendo fiat *l. 1. §. 11. & 12. l. 20. §. 2. h.* eodem ſenſu, qvo ens poſitivum & privativum entis; habitus & privatio qvalitatis vocabulo continentur apud Philoſophos. Similiter etiam in hac materia ædificare oppoſitum ſuum deſtruere ſimul complectitur *l. 1. §. 7. junct. §. 11. & 12.* & facere tollere *l. 20. § 1. junct. §. 2. h.* & alias qvoq; factum etiam non factum *§. ult. Inſt. de V. O.* IV. Futurum *l. 1. §. 1. l. 8. §. 1. & 5.* voc. ſc. *opus* in ampliatione ſumto. Ratio autem hujus rei eſt, ſive qvod interdictum hoc eſt prohibitorium; prohibentur autem tantum futura: ſive qvod ultimo eodem redit, qvia hoc remedium eſt juris conſervandi *l. 1. §. 16. h.* Differt autem conſervatio rei propriè dicto ab ejusdem reparatione, ſ. reſtitutione *l. ult. C. in qvib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ non eſt.* Unde de præteritis datur interdictum *qvod vi aut clam l. 1. §. 1. h.* ut pote reſtitutorium *l. 1. pr. & §. 1. ff. qvod vi aut clam. §. 6. Inſt. de interd.* Opera autem illa vel ſunt ſimpliciter futura, vel ſecundum qvid. Hujus generis ſunt cœpta & nondum abſoluta, qt. ſc. perfecta nondum ſunt. *l. 21. §. 3. l. 8. §. 1 h.* illius ne qvidem cœpta, ſed ſolo conſilio conſtantia *l. 5. §. 2. h.* vi oppoſitionis inter ædificare *junct. l. 8. § 1. & l. 1. §. 1.* & inchoare ædificare. Conſilium autem intelligo completum, h. e. qvod ad aliqvem actum externum operis præparatorium proceſſerit. Nudæ enim cogitationis pœnam nemo luit *l. 18. ff. de pæn.* nec de eo nuncianti conſtare poteſt; minus de ejus eventu aut ſucceſſu; nec propriè Prohibitionis remedio jus ſuum is conſervare poteſt, cum nondum impetatur. Itaq; breviter opus novum hic eſt: *Opus ſoli iniqvè ſive ædificando ſive deſtruendo faciendum.* Nec obſt. *l. 1. §. 11. h.* rationem formalem novi operis in mutatione priſtinæ formæ ponens Vel enim non tam ad externam rei formam, qvam illam internam juris reſpicit; vel ab accidente deſcriptionem petit, qvia utplurimum accidit formam priſtinam in opere novo mutari: imò vix caſus excogitare poteſt, qvo ſecus contingat.

52. Hinc removentur 1. opera non ſoli *l. 1. §. 12.* 2. nec revera nec præ-

præſumtivè iniqva. Qvo pertinent omnia, adverſus qvæ nunciatio ob defectum aliqvem formalem non ſubſiſtit, qvia tum permittente jure fiunt *l. ult. quod quisq. iur.* Speciatim autem de qvibusdam agetur *in ſeq.* 3. Facta, qva talia itaqve perfecta non tantum intelligo ea, qvæ plane abſoluta ſunt, ut integri operis formam exhibeant . *21. ſ.* 3. ſed etiam cœpta, & ex parte tantum abſoluta, qva ſc. abſoluta ſunt *l. 1. ſ. 1. l. 8. §. 1.* non obſtante *l. 5. ſ. 1. ff. de V. S.* Nam in locato opere ita qvidem eſt, ut niſi abſolutum, pro opere non habeatur, qvia totum in contractum deductum eſt.

Dixi *th. antec.* ſpeciatim actum iri de qvibusdam operibus non iniqvis, adeoq; vel ex hoc capite à nunciatione immunibus. Sunt autem I. Opera reficienda *l. 1. ſ. 13.* ſive legatur *fulciat*, ſive *reficiat*, propter rationem ſubjectam: Unde regula: Qvicunqve opus novum non facit, ſed veteri ſuſtinendo remedium adhibet à nunciatione immunis eſt, adde *l. 5. ſ. 11. l. un. de via public. reficiend. l. 3. ſ. ult. ff de itin. actuq. privat. l. 1. pr. & §. 1. ff. de riv.* Nec diſtinguo ego ex *l. 1. §. 11. h.* inter refectionem, qva prior forma ſervetur, & qva mutetur, niſi textus ille de interna juris forma accipiatur *th. antec. 51. in f.* Hanc verò limitationem tacitè, ac vi oppoſitionis inter opus novum & opus refectum repetitam volo, ut poſterius ſit demum illud, qvod ſine iniqvitate refectum fuerit. 53.

II. Opera, qvæ in re communi exſtruuntur. Res communis dupliciter dicitur 1. abſolutè & ex J. G. qvæ nullius eſt, cujus verò uſus patet omnibus *pr. Inſt. de R. D. l. 3. ff. ne. quid in loc. publ. l. 50. ff. de acqvir. rer. dom.* 2. ſecundum qvid & ex J. C. qvæ eſt in plurium dominio. Prior ſignificatio huc pertinet: poſterior ad *th. ſeq.* de his verò, de qvibus hic agendum eſſet, totum negotium jam expeditum eſt *ſupr. th. 21.* 54.

III. Opera in re poſteriori modo ſc. J. C communi. De his eſt *l. 3. §. 1. & 2.* non tamen ſimpliciter res communis intelligitur *arg. d. l. 3. §. 1. pr. vid. th. 27. & 48.* ſive pluribus ædificantibus, ſive pluribus nunciantibus *l. 5. ſ. 5. & 6. l. 18. l. 47. fam. hercif.* ſed nunciati & nunciato *l. 3. §. 1. verſ. plane ſi & §. 2. eod.* modo expeditum ſit, rem eſſe communem, & judicis copia haberi poſſit, juxta Dd. Nec enim refert, an res, cui nocetur, & ipſa ſit communis *d. l. 3. ſ. 1. verſ. plane ſi,* 55.

necne §. *ſeq.* rationem eſſe puto, qvod, qvi fatetur ædificantem ſocium, ſ. rem communem, fatetur eo ipſo eundem dominum iſtius rei eſſe, pro indiviſo ſaltem, etiam in minima ejus particula. At verò contra eum, qvi manifeſtò in ſuo ædificat, nunciatio non datur *ſupr. th 20.* Itaq; hoc caſu opus novum non eſt *th. 51.* Si placet, conjungi poſſunt & illæ rationes, qvod par in parem non habet imperium *l. 14. ff. de iuris dict.* vel qvod nunciatio fiat in rem certam. Id qvod hoc caſu deſideratur. Veruntamen, licet in manifeſtè ſuo ſocius ædificet, cum tamen nihilominus alteri ſocio injuria fiat, ideoq; alia remedia ipſi comparata ſunt, nempe judicium communi dividundo, & prohibitio per Prætorem *d. l. 3. §. 2. inf. h.* Intelligo autem eam prohibitionem per Prætorem, qvæ & ipſa nunciationis ſpecies eſt *l. 5. §. 10.* Ex qvo promanat *in h. l. 3. §. 1. & 2.* vi oppoſitionis tantum intellligi nunciationis vocabulo privatam verbis & jactu lapilli. Diverſitatis ratio videtur eſſe, qvod par in parem non habet imperium: tum metus rixarum & turbarum, qvibus communio alias expoſita eſt *l. 77. §. 20. de legat. 2. l. 26. §. 14. ff. de condict. indeb. l. 26. verſ. propter immenſas ff. de ſervit. Urban. Prædior.* Atqve ita meo judicio accipiendus eſt textus *d. l. 3. §. 2. verſ. qvia.* Nec n. illa ratio poteſt eſſe decidendi, ſed videtur tantum eſſe reſpondendi ad rationem dubitandi tacitè ſubintellectam, qvod ita injuria fiiat ſocio. Simile accidit in *l. un. §. 4. de remiſſ.* ejusdem Ulpiani, ut hunc morem Ulpiano familiarem fuiſſe conjicere liceat. Opus autem eſt hac *d. verſ. qvia* explicatione, cum alias illud abſurdum inde prodiret, qvod prohibitio Prætoria & actio ordinaria excluderent beneficium nunciationis, contra *l. 5. §. 10. l. un. §. 2. de remiſſ.* niſi etiam hic dicere malueris, conjunctiones, ſua natura cauſales, uſu aliqn. eſſe ſimpliciter enunciativas, ut in eadem materia in *l. 1. §. 2. h. in verbo enim.*

56. IV. Opera, qvæ non patiuntur moram *l. 5. §. 12.* Qvippe ubi nec ex parte ædificantis iniqvitas ſubeſt propter neceſſitatem ſive juſtum periculi metum: nec ex parte læſi, cum ipſi aliis remediis ſatis conſultum ſit *l. 19. h.* Atqve alias qvoqve favor periculorum evitandorum magnus eſt, ut in *l. 1. §. ult. ff. de fer. l. 10. §. 16. ff. qvæ in fraud. creditor. l. 5. §. 13. h.* Qvod idem ſtatuo in cauſa refectionis, *per ſecund. text.*

Cæte-

Digitized by Google

Cæterum an intra, vel extra oppida, & hoc caſu an in villis 57.
vel agris, ſive etiam in loco publico vel privato *l.1.§.14. ff h.t.* In re noſtra, vel aliena *l.5.§.9.&.10.* (modo huc addatur, qvod ſi in aliena, verbalis uſurpanda ſit *l.5.§.10.h.vid.ſupr.th.43.*) Prædio vicino vel remotiori opus fiat *l.8.pr.* it. an de toto prædio, vel de parte ejus nuncietur, plane nihil refert, nec in eo qvicqvam verſatur novi operis ratio.

V. FORMA JURE DEFINITA. Forma autem nunciationis 58.
eſt vel eſſentialis, vel accidentalis: illa eſt vel communis, vel propria. Ad communem refero reqviſita illa omnium ſpecierum communia, qvorum vel unius defectus unamqvamqve vitiat, de qvibus partim hactenus actum eſt; partim agetur hoc articulo, partim in ſeqq. Nihil verò impedit, qvæ alio reſpectu, ſingula ſeorſim, ad cauſam efficientem, ſubjectum, objectum, finem, effectum, contraria referuntur, qvin eadem collectivè ſumta formam conſtituant, qvat. ſcilicet ad eſſe & diſtinguere faciunt. Huc verò pertinent nunciandi modus & locus.

Modus nunciationis triplex eſt, per Prætorem, jactu lapilli, 59.
& verbis *l.5.§.10.h.* ſcilicet dicto ſuppoſitione confuſa accipiendo & modis illis diſjunctivè explicandis. Nam diſjunctim accepti iſti modi ſinguli formæ propriæ rationem ſuſtinent, ac tres diſtinctas ſpecies conſtituunt, de qvibus *in ſeqq.* Hoc autem modo eos conſideratos ad communem formam refero propterea, qvia omnis nunciatio eorum aliqvo fiat, oportet *d.l.5.§.10.* Id enim demum intelligitur permiſſum edicto, qvod eodem continetur *arg.l.1.pr.§.1.&.12. l.8.§.2.* plures autem non continentur *d.l.5.§.10.* Sunt qvidem, qvi qvartum addunt, per manus oppoſitionem; alii unicum tantum tradunt. De illis vid *th 62.* de his *th.61.*

Locus nunciationis eſt res præſens, ſive ipſum opus *l.5.§.2 3.4.16.* 60.
Ita qvidem ut alibi facta ipſo jure nulla ſit *d.§.4.l.5.h.* Unde ſi in pluribus locis opus ſit, plures nunciationes deſiderantur *d.l.4.§.16.* nec attenditur ex parte nunciati ſcientia *d.§.4.pr.* non obſtante *verſ. cæterum inf. eod.* ubi dicitur ſi alibi fiat nunciatio, agi adverſus edictum. etiamſi per ignorantiam ædificetur. Nam aut tantum materialiter hoc intelligitur, aut ſecundum qvid ſolummodo. i. e. agi

adverſus   er ſusa.

oppoſitionem manus *per l. 50. de acqvir. rer. dom. l. 29. §. 1. ff. ad L. Aqvil. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam.* Nam phraſis *manu prohibere* ambigua videtur eſſe ſignificare 1. Lapilli jactu prohibere *d. l. 5. §. 10. h.* 2. oppoſitione ſe ſuaqve tueri, *ut in l. 50. de acqr. rer. dom.* Si in *d. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam* ſtatuatur priori modo ſumi, *l. 50. de acqr. rer. dom.* nihil facit, nec illam 20. §. 1. interpretatur, propterea, qvi aliter phraſis utrinqve accipitur; ſin poſteriori modo, non eſt ſpecies nunciationis *arg. l. 5. §. 10. h.* Minus faciunt textus reliqvi. Id enim tantùm dicunt, poſſe qvem deſtruere propria auctoritate, qvod alius ædificare velit in re illius poſſidentis, non etiam hoc, qvod illa deſtructio ſit nunciatio; minus, qvod ſit illa per jactum lapilli. Cæterum diſtinctione aliorum inter tempora nec opus eſt, nec ea fortaſsè ſuſtineri poteſt. Conſeqventer nec audienda nunc eorundem opinio, qvi qvatuor ſpecies conſtituunt, aliam per jactum lapilli, aliam per oppoſitionem manus ſtatuentes *per d. l. 20. §. 1. qvod vi aut clam.* Satis enim per hactenus dicta hæc eliduntur. Jactum autem lapilli intelligo non ex, ſive de opere, ſed in opus; propter merum turbatum, & nullitatem rationis, qva altera nonnullorum opinio fundatur, qvaſi meticuloſum ſit in opus projicere, ac conſeqventer nulla ratio dari poſſit, qvamobrem verbali nunciatione poſſeſſio transferatur, non etiam transferatur jactu lapilli *l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. h.* Nititur enim falſa hypotheſi, qvaſi ejus rei ratio in verbali eſſet metus. *vid. th. infr. 94.* Verba præter jactum alii deſiderant *gl. in d. l. 5. §. 10.* Fortaſſe autem rectius ſolus jactus aſſeritur *arg. l. 21. pr. de legat. 3.*

Verbalis, nunciatio in ſpecie dicta, ſit privatim, nudis verbis *l. 5. §. 10.* Qvorum altero à Prætoria, altero ab illa per jactum lapilli differt. Non intereſt, qvomodo verba ſint concepta, ſive in rem *l. 10. h. junct. l. 7. §. 12. ff. de pact.* ſive in perſonam *arg. l. 8. §. 2.* nam *d. l. 10. h.* non ad verborum formulam, ſed rem ipſam refertur: præſertim cum ſit communis omnium formarum *fac. l. 11. l. pen. h.* Qvod idem etiam ad cæteras ſpecies ratio extendit. 63

Formæ accidentalis loco pono accidentia nunciationis, qvæ ſunt vel neceſſaria vel contingentia. Illius generis eſt cauſæ editio ad inſtantiam nunciati, non ea, qvæ conjuncta eſt cum ipſa cauſæ juſtificatione per probationes *l. 1. §. 9. l. 15. inf.* ſed ſimplex, qvia ex 64

parte nunciantis opus eſt jure, qvo nunciet *ſupr. th. 18*. Opus itaqve videtur etiam ejusdem allegatione *arg. l. 21. pr.* ſimile eſt in libello *l. fin. C. de Edict. D. Adrian. toll. l. 9. ff. de transaction.* Unde reg. ubi res moram non patitur, cauſæ examine in ſeqvens judicium ſervato, nuda interim ejus fit editio. Procedit autem argumentum vel immediaté à libello ad hanc cauſæ editionem ex ratione communi. *p. l. 6. ff. de V. S.* qvippe qvæ utrinqve eſt, ut adverſarius poſſit deliberare an cedendum ſit, vel non. Addo juſtam ſuſpicionem vel inſolentiæ, vel iniqvitatis, ſi cauſam nolit manifeſtare, qvod ſcilicet vel elato animo, vel metu, ne manifeſto appareat defectus juris nunciandi, officium detrectet. Nec diſtinguo, utrum ſit in poſſeſſione, vel non ſit. Nam & poſſeſſio juſta eſt nunciandi cauſa E. & ejus allegatione opus eſt, plane uti reliqvarum cauſarum *per hact. tradita.* Excipitur fortaſſe rectè nunciatio Prætoria *propter l. 199. ff. de R. J.*

65 Sunt qvi in eundem cenſum referunt juramentum calumniæ *pl. 5. §. 14 h.* Verum ibi tantum qvæſtio *an* deciditur, non etiam illa, *qvando.* Ad hanc autem referri poteſt id, qvod dicitur Prætore auctore referri *d. §. 14. inf.* Jam vero Prætor aditur demum poſt nunciationem *l. 1. §. 9.* & initio litis juramentum illud regulariter præſtatur *t. t. C. de iureiur. propter calumn. dand.*

66 Ad accidentia contingentia refero. 1. rationem temporis. Hujus enim diſcrimen nullum eſt *l. 1. §. h* modo non noctu nuncietur *arg. l. 59. ff. de ſolut. l. 8. ff. de fer.* Cæterum etiam feriatis diebus, &, ſi periculum ſit in mora, meo judicio omnibus, etiam Deo ſacris, nunciatio rectè fit *arg. l. 1. §. 1. de legat. præſt. iunct. l. 1. §. 4. h.* rationem communiter tradunt hanc, qvod nunciatio jurisdictionis voluntariæ ſit. 2. Formulam verborum *ſupr. th. 63.* 3. Jure ne an injuria fiat *th. 19.* 4. An de toto vel de parte fiat *l. 5. §. 5. l. 8. §. 1. & 3. h.* 5. An nomine proprio vel alieno fiat *l. 5. 3. h.* de his duobus poſterioribus, nunc in ſeqq. paulo ſpecialius.

67 Et qvidem ſi de parte nuncietur demonſtratione opus eſt *l. 5. §. 15.* alias nunciatio intelligitur in totum facta *arg. d. §. 15.* Idem fere eſt, ſi nuncietur de opere cœpto. Nam & tum nunciatio in effectu tantum fit de parte *arg. l. 1. §. 1.* Hinc etiam demonſtratione ibidem

opus

Digitized by Google

opus eſt, ſcilicet ut, qvod factum fuerit, in teſtationem referatur *l.8.* §.1. Qvod commode fiet, ſi ſumantur moduli à Prætore decernendi *d. l. 8. §. 1. & 5.* Per modulos autem intelligitur menſura *arg. d. l. 8. §. 1. & 5.* ex ratione finis.

68. Ita ſi nomine alieno nuncietur, ſatisdatio exigitur, ſcilicet de rato *l. 5. §. 18.* Id qvod puto metiendum regulis analogiæ juris communis, cum nulla appareat ſpecialitatis ratio, qvar in cauſa nunciationis diverſum ab aliis obtineat. Itaqve *d. l. 5. §. 18.* puto accipiendam in terminis habilibus, ſi ſcilicet non certo conſtet eum eſſe verum procuratorem, qvamvis revera ſit. Aliud enim eſt verum in ſe, aliud qvoad nos ſeu reſpectu ſcientiæ noſtræ *arg. l. 77. inf. ff. de contrah. emt. l. 65. pr. de condict. indeb.* Ita vocabulum *verus* in *d. l. 5. §. 18.* explicari poſſet de priori, negato poſteriori. Nam ſi conſtat certo procuratorem eſſe, ſatisdatio ceſſat *l. 65. ff. de procurat. l. 1. C. eod. junct. l. 1. ff. de R. J.* idem & hic puto obtinere, niſi qvat. idem procurator partes defenſoris ſuſtinet. Nam tum omnino ſatitdat, verum judicatum ſolvi *d. l. 5. §. pen. & ult. l. 7. h.* In prohibitione ex interdicto qvod vi aut clam ſecus eſt *arg. l. 3. pr. ff. qvod vi aut clam.* Rat. differentiæ eſt, qvia nunciatione plane nova actio facto nunciatis acqviritur *l. 20. pr. §. 1. 2. 3. junct. l. 1. §. 1. eod.* Altero autem caſu, ſi qvis clam faciat, etiam tum, & ſic ſine prohibitioe naſcitur actio ex facto adverſarii, qvæ accedente prohibitione novam tantum ſortitur qvalitatem *d. l. 3. pr. adde l. 1. §. 5. eod l. 1. §. 1. h.* Jam verò qvalitas actionis facile mutatur *arg. l. 3. §. 3. de hered. inſtit.*

Hinc arbitror fluere tutorem & curatorem non ſatis dare. 69.
Habent enim mandatum juris *pr. Inſt. de iis per qvas ager. poſſ. vid th. ſupr. 45.* qvo imprimis etiam facit, qvod nec in aliis cauſis ſatisdant: Sunt enim loco dominorum *l. 27. ff. de admin. tutor. l. 56. §. 4. ff. de furt.* & ſimpliciter hic de iis affirmatur, qvod nunciare poſſint ſine mentione ſatisdationis *l. 7. §. 1. h.* niſi incertum ſit eum tutorem vel curatorem eſſe *arg. l. 1. C. de procurat. l. 40. ff eod. junct. qvæ dixi de mandato juris qvod tutor & curator habeant:* Nec uſufructuarium, qvatenus ſcilicet is indirecto ſaltem proprietarii mandato nunciare poteſt *th. ſupr. 45.* Expreſſe enim procuratorio nomine nunciare poſſe dicitur in *l. 1. §. ult. h.* Secus verò eſt in negotiorum geſtore *l. 33. §. 3. de procurat.*

Digitized by Google

Nam licet & is mandatum, ſaltem fictum habeat: iſta fictio tamen eſt tantum inter eum & principalem *arg. l. 2. de negot. geſt.* §. 1. *Inſt. de oblig. quæ qs. ex contr. naſc.* Unde etiam plane alia ejus dicitur eſſe ratio qvoad mandatum, qvam curatoris *l. 20. C. de negot. geſt.*

70. Qvibus autem ſatisdatio incumbit ex parte eorum ita eſt neceſſaria, ut ejus defectus nunciationem vitiet *l. 5. § 18. & gl. ib.* Nec refragatur hoc ei, qvod dixi, ad accidentia nunciationis contingentia pertinere, nunciari ſuo vel alieno nomine. Eſt enim id tale revera reſpectu nunciationis ipſius, qvippe cui contingenter accidit, fieri nomine proprio vel procuratorio, uti albedo eſt de eſſentia hominis albi, qva talis, non qva homo ſimpliciter.

71. NE QVID OPERIS FIERET. *l. 20. pr. h.* Conſeqventer nunciatio fit juris noſtri conſervandi cauſa *l. 1. §. 16.* vel etiam publici tuendi ergo *ibid.* Hic eſt finis nunciationis primarius. Sunt & alii ſecundarii. magiſtratus à parte moleſtiarum immunitas *arg. l. 1. §. 10. h.* tum ut pluribus iisqve promtioribus remediis publicæ ſaluti conſultum eſſet *arg. l. 1. §. 7. & 10. l. 5. §. 17.* Tandem qvicqvid in commodum nunciantis nuntiatio operatur, hoc omne ex parte nunciantis ſive nunciationis intendendæ finis rationem ſuſtinet. De qvo vero diſtinctius in explicatoine effectus: præſertim cum alias qvoqve finis & effectus tantum ratione differant *Ariſtot. 3. Ethic. c. 5.* Illud autem obiter noto, me verba in definitione, *ne qvid novi operis fieret*, ad finem retuliſſe. qvat. intentionem & nunciantis & legislationis explicant. Nam qvoad verborum conceptionem pertinerent ad formam.

72. QVA IMPEDITUR OPUS SUB POENA RESTITUTIONIS, ſubaud ex ſeqq. qvat. nunciatio tenet, ut patebit. Manifeſto autem his verbis tangitur effectus nunciationis. Qvæ doctrina, cum ſit prolixior & intricatior, prolixius excutienda eſt. Eſt autem nunciationis effectus vel communis, vel proprius. Priori loco ea conſtituo, qvæ ratione intentionis antea *th. antec. prox.* ad finem retuli, propter proportionem mediorum ad finis non tantum intentionem, ſed imprimis aſſecutionem; Nec ſcrupulum in eo movet eventus aliqn contrarius: qvippe qvi ex accidenti eſt. Communes autem voco effectus iſtos. Nam toto jure ad cauſas partium relato

relato id agitur. *§. ult. Inſt. de offic. iudic. l. 13. C. de iudic. pr. Inſt. & l. 10. ff. de inſt. & iur. l. 7. §. 1. iunct. l. 8. eod.* Effectus nunciationis proprii ſunt varii, qvos diſtinguo, qvod alii ſint ratione perſonæ: alii operis ipſius: alii nunciandi modi ſ. formæ.

Effectus ratione perſonæ eſt vel ex parte nunciati erga nunciantem: vel nunciantis ergo nunciatum. Ille eſt vel primus vel ex primo ortus. Primus vel principalis, vel ſubſidiarius: Uterqve vero eſt obligatio, ille qvidem ad ceſſandum ab opere *arg. l. 20. pr. iunct. §. 1. l. 5. §. 15. in verb. abſtinendum l. 8. §. 4. h. & paſſim.* Hic vero vel ad ſecuritatis præſtationem ſive per ſatisdationem, *l. 20. §. 11. iunct. §. antec. l. 8. §. 3. & 4. h.* ſive per remiſſionem, *d. l. 8. §. 3. l. 20. §. 13.* ſive deniqve id, qvod eorum loco eſt *d. l. 20. pr. iunct. §. 5. h l. 5. §. 17. h.* vel ad operis reſtitutionem *d. l. 20. pr. & ferè per tot. usq. ad §. 9. l. 1. §. 7. h.* Qvæ ad pleniorem horum cognitionem deſiderari poſſunt, addentur in explicatione effectus orti, de qvo nunc ordine. Is autem primo reſpondet, & tantum differt ab illo, ut cauſa ab effectu. Itaqve & ipſe eſt vel principalis, ceſſatio ab opere nunciato: vel ſubſidiarius, ſatisdatio, vel hac qvoqve deficiente, interdictum. Repetantur de ſingulis textus antea pro iisdem ſub ratione effectus primi allegati. 73.

De ſatisdatione & interdicto (demolitorio, qvod hic intelligitur *arg. l. 20. §. 1. l. 21. §. 1. h.*) magna eſt dubitatio, an ad omnem nunciationem pertineant, vel vero verbalis ſint propria. Eqvidem utrumqve commune eſſe arbitror omnium formarum. 74.

Primo autem de ſatisdatione id probo 1. generalitate textuum in *l. 20. pr. iunct. §. 10. & 11. l. 5. §. 17. l. 8. §. 2. h.* Jam vero & prohibitiones illæ, Prætoria, & ea, qvæ fit jactu lapilli, nunciationes ſunt *th. ſupr. 13. & 60.* non obſtante oppoſitione *in l. 5. §. 10. h.* Ibi enim vocabulum ſtrictiſſimè ſumitur. 2. Comparatur ſatisdatio qvoad effectum liberè ædificandi nunciationis omiſſioni *l. 5. §. 17. h.* Jam qvod non interpoſita nunciatione qvis liberè dicitur ædificare, extra dubium non tantum ad verbalem, ſed generaliter omnem pertinet. E. & id, qvod ei comparatur, ſatisdatio. 3. Hæc reſtrictio nimiam etiam vim inferret *l. 20. pr. §. 1. & 9.* 4. Addo nullitatem fundamenti opinionis contrariæ. Nam qvod 1. affertur de vo- 75.

cabulo nunciatio, eo ſolam verbalem intelligi *l.5. §.10. h.* ad id jam reſponſum eſt in ratione 1. 2. Hoc non admiſſo nullam rationem dari poſſe transferendæ poſſeſſionis per nunciationem verbalem, non transferendæ per reliqvas formas, id negatur. *Vid. infr. th. 94.* 3. Adverſariæ argumentum vulgò eſt, qvod in *l. 7. §. 2. ff. qvod vi aut clam* nunciatus dicatur conſtitui poſſeſſor ſatisdatione: nunciatus autem ſola verbali poſſeſſor conſtituatur *l. 1. §. 6. l. 5. §. 10. ff. h.* Verum reſp. 1. Aut tantum qvoad effectum liberè ædificandi ſatisdatione poſſeſſorem nunciatum conſtitui dici in *d. l. 7. §. 2.* Atqve hoc ſenſu nihil obſtare, qvo minus concedamus etiam in nunciationibus reliqvis per ſatisdationem nunciatum poſſeſſorem conſtitui, per *l. 20. pr. & §. 9. l. 21. §. 1. & t. h. t.* ſed hoc inde ſeqvi, alio ſenſu poſſeſſionem transferri dici in *d. l. 7. §. 2.* alio in *l. 1. §. 6. & l. 5. §. 10. h. t.* II. Si hoc non placet, nunciatum ſatisdatione poſſeſſorem conſtitui ex parte nunciati in caſu, qvo ex altera, nunciantis, parte poſſeſſio jam translata ſit, ut ea hic veluti apprehendatur per illam ſatisdationem à nunciato, & vitium, ſi qvod adhærebat, ita purgetur, *arg. l. 11. ff. de acqvir. vel amitt. poſſeſſ.* Id qvidem in ſola verbali accidere *dd. ll. 1. §. 6. & 5. §. 10. h.* atqve adeo reſpectu hujus effectus ſatisdationem ad reliqvas ſpecies non pertinere. Inde vero nondum ſeqvitur, nec qvoad alium effectum ei locum eſſe in reliqvis formis. Eſt autem ille libertas ædificandi. *hactenus.*

76. Interdicti demolitorii generalitatem imprimis impetit *l. 5. §. 10. h.* per oppoſitionem prohibitionum & nunciationis ratione interdictorum hujus demolitorii & duorum aliorum *qvod vi aut clam* & *uti poſſidetis* qvaſi illud nunciationi verbali ſoli; hæc prohibitionibus tribuerentur. Verum re penitius inſpecta, iſta oppoſitio reſpicit excluſionem aliorum interdictorum à nunciatione verbali: qvæ vero ceſſat qvoad formas reliqvas, hoc ſenſu: qvod in illa ſoli reſtitutorio noſtro locus ſit; in his præter reſtitutorium etiam illis *qvod vi aut clam* & *uti poſſidetis.* Qvod porro ab ambiguitate vocabuli nunciationis petitur argumentum jam ſolutum eſt *th. anteced.* Cæterum generaliter dicit Prætor, ſi contra nunciationem opus factum ſit, id reſtitui deberi *l. 20. pr. l. 21.* Qvæ tanto fortius nunc ſtringant, poſteaqvam *th. anteced.* probatum fuit, ſatisdationem & ipſam

com-

communem eſſe. Facit porro ratio rei, contemtus Prætoris *l. ult. ff ne qvid in loo. publ. arg. l. 22. h.* Tandem *l. 16. h.* à ſenſu contrario ita: ſi hoc demum caſu ex nunciatione Prætoria interdictum non datur, ſeqvitur, alias dari.

De utraqve jam agendum eſſet plenius; ſed de ſatisdatione infra *th. 105. & ſeqq.* Per interdictum intelligo ipſam actionem per meton, cauſæ pro effectu. fac. *rubr. ff. de interdict.* & qvod vocabulum jam olim ita acceptum fuerit, docet *l. 3. ne vis fiat ei l. 6. ne qvid in loc. publ. l. 1. §. 2. ſi ventr. nom. mul.* Circa interdictum hoc imprimis qvinqve jam qværuntur 1. *Cui detur:* 2. *Adverſus qvem:* 3. *De qvare:* 4. *Ad qvid:* 5. *qvam diu?* De qvibus ſingulis ordine, ſi prius notatum fuerit ingenere, magnam lucem imprimis prioribus tribus accedere ex ſuperioribus, ubi oſtenſum jam fuit, qvis nunciare, cur nunciari; & de qva re poſſit, eo qvod actio hæc ſeſe habet ad nunciationem ipſam tanqvam effectus ad cauſam. 77.

Datur itaqve hoc interdictum nuncianti *l. 20. & tt. h.* ejusq; heredi, *vid. th. infr. 115.* cæterisqve ſucceſſoribus *l. 20. §. 6. h.* ſcilicet particularibus, per oppoſitionem *d. §. 6.* Rationem puto eſſe, qvod ex parte eorum eſt in locum anteceſſorum ſurrogatio; ex parte rei objectum actionis, vitium reale, ſive res vitioſa, dum nunciatio in rem fit *l. 10. l. pen. h.* nec obſtat *l. 8. §. 6.* de nunciatione ipſa loqvens, re ſcilicet integra, non de nunciationis effectu. Et differentiæ ratio eſt, qvod in caſu *d. l. 8. §. 6.* objectum actionis deficit, res nempe vitioſa. Limita autem dicta de actu nunciante *arg. l. 1. §. 1. l. 20. pr. &c.* Unde etiam eſt, qvod, ſi rei communi noceatur, qvamvis jus nunciandi ſinguli habeant *ſupr. th. 27.* qvamvis etiam unius nunciatio totum opus afficiat *arg. l. 5. §. 6. h. junct. l. 4. §. ult. ff. de V. O. l. 4. §. 3. ff. ſi ſervit. vindic.* tamen unius nunciatio cæteris non prodeſt *d. l. 5. §. 6. h.* 78.

Datur deinde adverſus nunciatum *l. 20. pr. & §. ſeqq. l. 11. h.* qvi opus fecit, vel factum ratum habuit *l. 20. §. 8. h.* ejusqve heredem *d. l. 20. §. 8. l. pen. h. t.* modo vel rem teneat, vel perinde ſit, ac ſi teneret *d. l. 20. §. 8. junct. l. 68. ff. de R. V.* Deniqve qvemlibet ejus ſucceſſorem etiam particularem, & poſſeſſorem in genere omnem *l. ult. h.* Rat. qvia nunciatio in rem fit *d. l. ult. l. 10. h.* Adverſus cæteros non datur. Unde ſi opus, qvod noviter extruitur, plurium ſit, & uni nunci- 79.

nuncietur, qvamvis nunciatio illa uni facta totum opus afficiat; tamen cæteri ſocii, qvi non ædificarunt, non tenentur *l.5. §.7. h.* adde, niſi rem ipſi teneant *per antea dicta.*

80. Qvæſtio de objecto, ſive de qva re hoc interdictum competat, tota deciditur ex doctrina de objecto nunciationis, de qvo ſupra *à th. 50. usq; ad th. 58.* De ea enim ſola re competit hoc interdictum, de qvo nunciatum fuit. *l. 20. pr.* ſubintellige, ſi ædificatio contra nunciationem ſecuta fuit *d. l. 20. pr.* Hæc enim demum interdicto actu locum facit *l. 20. §. 1. & 3. vid. th. ſupr. 73. inf. & infr. th. 91.*

81. Datur porro hoc interdictum ad reſtitutionem *l. 20. pr. h.* Unde etiam reſtitutorium vocatur *l. 21. §. 1.* reſtituere eſt rem in priſtinum ſtatum reponere *l. 2. §. 43. ff. ne quid in loc. publ. l. 22. l. 35. l. 75. l. fin. §. ult. ff. de V. S.* Fit verò illud vel rei ipſius reparatione, vel per æſtimationem, ſive intereſſe præſtationem *arg. l. 68. ff. de R. V.* Prior reſtitutio videtur præciſè deſiderari in cauſa publica *l. ult. ff. ne quid in loc. publ.* In privata non æqvè, juxta regulam generalem, qvod actiones ex interdictis dentur aliqvando ad reſtitutionem ipſam præciſè, aliqvando ad intereſſe *arg. l. 24. ff. de R. V. l. 1. pr. ne vis fiat ei junct. §. 3. eodem l. 68. ff. de R. V.* Atqve in hac qvidem cauſa id magis videtur, qvia nunciatio continet favorem nunciantis *l. 1. pr. & §. 16. & 19. h. l. 20. §. 11. & paſſim*, idemqve nunciationem planè gratis remittere poteſt *d. l. 11. §. 50. h.* adde favorem decoris urbium *arg. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 20. §. 10. h.* facit deniqve *l. 21. § 4. h.* Nec obſtat *d. l. ult. ne quid in loc. publ.* manifeſte enim verbis agit de cauſa publica. Deinde & ſententia ad eandem pertinet. Ratio enim ſubjecta vel inde limitatur: vel ad privatam cauſam ejusdem negatur applicatio. Nam in hac auctoritas Prætoris non niſi ſub conditione intelligitur intervenire, niſi placuerit nuncianti à nunciatione ſive jure ſuo recedere *arg. l. 1. §. 10. h.* tum per rationem utilitatis privatæ. Minus obſtat, qvod reſtituere hic explicatur per deſtruere. *l. 20. §. 1. inf. l. 21. §. 1. junct. l. 20. pr.* Nam deſtructio ibi exprimitur exemplificativè & ceu ſpecies reſtitutionis magis dubitabilis. Adde & hoc deſtructionem intelligi novi operis *arg. l. 20. pr. junct. §. 1. ead.* Qvod cum non tantum in ædificando, ſed etiam demoliendo conſiſtat *l. 1. §. 11. & 12.* Deſtructio qvoqve illa non tantum in demolitione

Digitized by Google

tione ædificati, ſed & ſublati reparatione conſiſtet. Specialius verò in hac cauſa duo ſunt expedienda. I. *qvid reſtitutio illa in univerſum contineat?* II. *Cuius fiat auctoritate?*

Circa I. videndum, qvid tum *per ſe* tum *per accidens* obtineat, 82.
Præmittendum autem, in novo opere duo reperiri. 1. ædificationem contra nunciationem præciſè conſideratam, 2. Contemtum Prætoris. Prius continet vitium reale, qvia nunciatio in rem fit *l. 10 vid. th. infr. 92* exemplo rei furtivæ *arg. §. 3. junct. §. 5. Inſt. de uſu cap.* & hinc operatur rei deſtructionem ipſam, ſcilicet patientiam deſtruendi, ſed ſolam *l. 22. h.* Poſterius eſt delictum perſonæ *l. 199. ff. de R. I.* adeoqve pœnam qvandam operatur. Pœnæ autem loco hic eſt qvicqvid exigitur præter deſtruendi patientiam *d. l. 22.* Qvo loco ſunt ſumtus & impenſæ deſtructionis. Itaqve diverſi modè ſeſe habet reſtitutio, prout adeſt vel abeſt dictus contemtus *d. l. 22. h.*

Hinc deciduntur qvinqve caſus. I. Is, cui nunciatum eſt, ſi 83.
ipſe, & qvidem ſciens, ædificavit, qvia hoc caſu cum ædificatione vitioſa concurrit contemtus, propter ſcientiam *Arl. 3. Ethic. c. 2. junct. l. 199. ff. de R. J.* ad plenam reſtitutionem tenetur *l. 22. h. t.* II. Idem, ſin ignorans ædificarit, tenetur tantum ad patientiam deſtruendi, non etiam ad ſumtus deſtructionis *per antea dicta h. th.* Nec enim plane excuſatur etiam ab iſto onere, vel ptopter ignorantiam, *arg. l. 5. §. 3. h.* ubi non deſideratur ex parte nunciati ſcientia, ſed ex parte nunciantis ſolum talis nunciatio, qvæ in nunciati ſcientiam pervenire poſſit: vel propter jacturam ſumtuum in extructionem factorum. Revera enim ea jactura, non Pœna eſt. *arg. d. l. 22. h.* Simile eſt cum res evincitur cum jactura pretii; Nam & nunciatio vindicationis qvandam ſpeciem, ſaltem qvoad effectum, habet *arg. l. 1. § 16. & 19. h.* Nec v. plenariam reſtitutionem præſtare tenetur vel propter aliqvam negligentiam, qvod non diligentius inqviſiverit, qvia qvilibet liberè ſuis rebus utitur *l. 21. C. mandat.* & naturaliter licet ad cœlum usqve ædificare *l. 24. ff. de ſervit. urban. præd.* vel qvod contra edictum ædificatum ſit. Nam ſecundum qvid demum contra edictum ædificatum eſt *arg. d. l. pen. & ult. h.* vel deniqve qvod hoc non tam pœna ſit, qvam in priſtinum ſtatum repoſitio. In hac enim cauſa qvicqvid eſt præter deſtruendi licentiam, pœna eſt *l. p. h.* III. Succeſſor ejus, qvi ſive ſciens, ſive ignorans contra nunciationem ſi-

bi factam ædificavit, tam univerſalis, qvam particularis, ſive qvilibet poſſeſſor aliunde cauſam habens tenetur tantum ad patientiam. De univerſali eſt *d.l.22.h. in terminis.* Rat. eſt, qvia delicta tenent ſuos autores *l.22. C.de pœn.l.5.§.5 h:* modo nihil amplius exinde ad eum pervenerit, vel dolo malo ipſius factum ſit, qvo minus pervenerit *d.l.20.§.8.h.* Qvibus v. caſibus tenetur non tantum interdicto ad patientiam deſtruendi juxta *l.22.* ſed etiam actione in factum de eo qvod ad ipſum pervenerit *d. l.20.*§.8. qvem textum cum obſcurior ſit, ita explicandum arbitror, ut particula *tam* tacite ſubaudiatur propter vim relativæ ſuæ *qvam*: deinde *verſ. nonnulli &c.* in caſu propoſito tantum ad heredem referatur, tum propter oppoſitionem heredis & anteceſſoris *h. & in §. antec.* tum qvod nullibi qvoad hunc ſit mentio actionis in factum ad id, qvod ad ipſum pervenerit. De ſucceſſore ſingulari eſt reg. *d.l.22.h. & l. ult. eod.* ubi ratio. IV. Succeſſor ejus, cui nunciatum fuit, ſi ædificet, tenetur & ipſe *l. ult.* puto, juxta diſtinctionem ſcientiæ vel ignorantiæ, adeoq; contemtus accedentis vel abſentis, modo ad reſtitutionem plenam, modo ad ſolam patientiam deſtruendi, ſive ſit univerſalis ſucceſſor, ſive ſingularis. De hoc probat *d.l.ult.* interminis: de illo per rationem ſubjectam. V. Socius, qvi contra nunciationem ſciens, reliqvis ſociis nec ab initio *l.18.h.* nec ex poſt facto *l.20.§.7.* conſentientibus ædificavit, ſolus tenetur in totam cauſam ſive reſtitutionem plenam. Cæteri non item, ne unius factum alteri noceat *l.5.§.5.h.* Sed juxta antea tradita hæc intelligenda ſunt, niſi poſſeſſores deprehendantur rei iſtius vitioſæ. Tum n. eodem, qvo qvivis alius hujusmodi rei poſſeſſor, cenſu habentur *arg.l.ult.h.t.* Et qvæ dicta ſunt de ædificantibus cum contemtu, qvod teneantur ſuſtinere utrumq; & deſtructionem ipſam & pœnam contemtus, ea qvoad prius illud intelligenda ſunt, ſi ſint poſſeſſores rei. Alias n. patientia deſtruendi in alium, poſſidentem, recidit *arg. d.l.ult.*

4. Ita qvidem per ſe res ſeſe habet; Secus vero eſt ex accidenti ſaltem effectûtenus qvoad eos, qvi reſtitutionis gaudent beneficio. Nam & minores & inviti, infantes, furioſi, ignorantes tenentur *l. 1.§. 5.l.10.& 11.h.* Qvibus vero alias reſtitutionis remedium comparatum eſt. Itaq; & in hac cauſa de iisdem dubium ſuboritur. De ſolo

minore

minore *gl. ind. l. 1. §. 5.* & Dd. qværſtionem communiter movent eam, qvatenus ille reſtituatur; in hoc facile convenientes, qvod reſtituatur; qvoad qværſtionem *qvatenus, ſive in qvantum*, vehementer diſſentientes. Ego breviter qvoad qværſtionem *An* diſtinguerem primum inter minorem ſine dolo & cum dolo agentem. De priori videtur plane negandum, qvod reſtituatur. Eodem enim loco eſt, qvo ſunt inviti & reliqvi, de qvibus *th. ſeq.* Circa poſteriorem ſubdiſtingverem inter dolum manifeſtum & præſumtum, & hunc iterum vel præteritum vel futurum. Contra dolum apertum minor non reſtituitur *l. 37. ff. de minor*; nec contra præſumtum futurum *d. l. 37. §. 1. verſ. ſed & in ſexaginta* ſed demum contra præſumtũ præteritum *arg. l. 8. ff. de minor.* Qvoad qværſtionem *in qvantum* ſimpliciter dicerem reſtitui de impenſis deſtructionis, non ſubdiſtinctione, inter revera juſtè & injuſtè ædificantem, qvaſi illo caſu etiam daretur reſtitutio contra ipſam patientiam deſtruendi Hæc enim non pendet ex perſonæ lapſu, ſed rei ipſius qvalitate *l. 22. h. l. ult. l. 10. eod. vid. th. ſupr. 82.* At lapſis demum ſuccurritur minoribus *l. 1. pr. in f. l. 11. §. 3. ff. de minor.* nec ob ſolam jacturam *d. l. 3. §. 4.* Et ſatis functa videtur officio ſuo reſtitutio, qvod profuit in uno ſcilicet impenſarum remiſſione. Tandem idem etiam dicendum foret de reliqvis, qvi alias reſtitutionis beneficio gaudent, qvod non facile admittendum nunc docebo.

Cæteros vero illos, invitos, infantes, furioſos, abſentes (eodem loco & minores, ſine dolo ac culpa ædificantes, pono) haut reſtitui arbitror. Etenim aut qværſtio eſt de nuda ædificatione contra nunciationem, & tum ipſo jure tenentur, non tam ex facto ſuo, qvam rei ipſius qvalitate *l. 1. §. 5. l. 7. l. 10. l. 11. l. pen. l. ult.* proinde nec reſtitutio datur, qvia nullus ſubeſt lapſus âut læſio, ſed potius ex adverſa parte juris ſui conſervatio. Et omnis reſtitutio æqvitate nititur *l. 1. ff. de in integr. reſtit.* æqvitati autem repugnat cum alterius damno locupletari *l. 14. ff. de condict. indeb.* Adde, ſi daretur hoc caſu reſtitutio, fruſtra forent *l. pen & ult. ht.* Vel qværſtio eſt præter ædificationem etiam de dolo ſive contemtu, & tum de invito ignorante, qvibus & abſentem, qvat. vel juſtè ignorat, vel, ſi ſcivit, impedire non potuit; furioſo, infante eſt, lis perorata qvod dolo careant *Arl. 3. Ethic. c. 1. & 2. l. 3. §. 1. ff. de minor.* atqve eatenus ipſo jure non 83

tenentur *arg. l. 22. h.* non obſtantibus *l. 1. §. 5. & l. 10. ac 11. h.* Intelligendum enim qvod ibi dicuntur teneri, qvatenus nunciatio in rem facta & contra illam tantum ædificatum eſt, adeoqve reſpectu ſolius demolitionis, non ejus, qvod ultra eſt, *l. 22 h.* Conſeqventer ratione pœnæ reſtitui non poſſunt *arg. l. 2. & 4. C. in qvibus cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt.* Suo vitio ignorans vel abſens ſciens, aut non juſtè ignorans, vel non impeditus à dolo non excuſantur, *Arl. dict. loc.* conſeqventer etiam de pœna tenentur *arg. d. l. pen. h.* nec video qvâ ex cauſa reſtituendi ſint, niſi alia qvædam æqvitati ratio ſubveniat, juxta *l. 1. inf. ff. ex qvib. cauſ. maior.* Pupillos deniqve doli capaces minoribus: non capaces infantibus comparo. Qvod ſi vero illi, de qvibus hactenus actum, per alios, rerum ſuarum adminiſtratores, in interdictum inciderint, reſtitutionem ipſis denegandam haud arbitror, ſed tantum qvoad pœnam; non etiam plenariam, qvoad patientiam deſtruendi, qvia illa & ex re eſt, & meo judicio ſpeciem vindicationis ex parte adverſarii habet.

86. Succedit ex *th. 51. inf.* altera qvæſtio, *cujus auctoritate fiat reſtitutio?* Fit ea nempe à nunciato *l. 20. pr.* ſive illo, ad qvem cauſa iſta translata eſt *l. 22. l. ult. h.* Qvod ſi eam moretur ille, Prætor officium impertit eum cogendo *d. l. 20. §. 1. l. 21. §. 1. h. inf.* & vel manu militari per apparitores: vel per civile remedium data in factum actione ex interdicto ad intereſſe *l. 68. ff. de R. V. l. 1. §. 2. ff ſi ventr. nom. mul. in poſſeſſ. l. 21 §. 4. h. l. 3. pr. ff. ne vis fiat ei.* Nec mihi placet diſtinctio alias freqvens, utrum nuncians poſſideat, vel non poſſideat, qvod is priori caſu etiam propria autoritate opus deſtruere poſſit per *l. 29. §. 1. ff. ad L. Aqvil. l. 22. §. 2. ff. qvod vi aut clam. l. 1 C. ut nem. lic. ſign. reb. alien. impon. l. 33. ff. de condict. indeb. l. 27. pr. ff. de ſervit. prædior. urbanor. c. 1. extr. de immunit. Eccleſiar.* Pars enim textuum horum plane nihil ad rem facere videntur: reliqvi firmant regulam, qvod in ſuo ſive à ſe tantum poſſeſſo ædificatum deſtruere liceat. Ego vero id accipio re integra. Qvi caſus hujus loci non eſt *arg. l. 1. §. 9 h.* præſertim cum omnis nunciatio, etiam privata, auctoritate Prætoris nitatur *arg. l. 20. pr. & §. l. ult. ff ne qvid in loc. publ. l. 1. pr. h.* Unde illatio ex dicta regula ad præſentem cauſam vitium à dicto ſecundum qvid ad dictum ſimpliciter continere videtur.

Adde

Digitized by Google

Adde incommoda, qvæ ex iſta licentia ſeqverentur, plurima. Qvo ipſo cæteræ qvæſtiones hic moveri ſolitæ, an ad illam deſtructionem ſufficiat ſola poſſeſſio, item, an in caſu deficientis poſſeſſionis diſtingvendum ſit, utrum ea ante nunciationem apud alium extiterit, vel per nunciationem, puta verbalem, demum translata ſit, plane excluduntur.

Deniqve de duratione hujus interdicti juxta *th.77.* reſtat ut videamus. Eſt autem illud perpetuum *l.20.§.6.* & in heredes tranſitorium ibid. de qvo ex parte *iam ſupr.th.78.* Malè autem textus ille à qvibusdam trahitur ad interdictum prohibitorium propter antecedentia & conſeqventia, qvæ aperte oſtendunt, eum de reſtitutorio eſſe. Et puto reſtitutorium eſſe non tantum ratione rei ipſius, ſed etiam ratione pœnæ *iuxta l.22.h.* non obſtante qvod ſit à jurisdictione Prætoris, qvæ actiones regulariter annum tantum vivunt *pr. Inſt.de perpet. & tempor. action* aut ultra annum tantum qvat. ſunt rei perſecutoriæ *arg. l.37.pr.ff.de oblig.& Action.l.4.inf.iunct.ll.ſeqq.5.6.7.ff.de alien.iudic mut.cauſa.* Nam illa qvidem eſt regula; minus tamen univerſalis. fac. partic. *plerumq; in d.pr. Inſt. de perpet. & tempor. action.* Exempla ſunt in actionibus furti *d.pr.* ſervi corrupti *l.13. iunct. l.1.pr.ff.de ſerv corrupt.* Unde limitatio à Dd. adjicitur, niſi actio illa prætoria pœnalis in locum civilis alicujus ſucceſſerit. Id qvod occurrit in exemplis modo allatis. *Gell.lib.11.noct.Attic.c.ult. arg. l.4. ff.de ſerv. corrupt.* idem & hic *arg l.19.h. & ſupr.th.16.* Hanc vero perpetuitatis rationem puto; non illam, qvod interdictum hoc ſuccedat in locum ſtipulationis de opere demoliendo. Nam inverſo ordine potius ſtipulatio ſuccedit in locum interdicti *l.21.§.1.h.* 87

Hi fuerunt effectus ex parte nunciati erga nunciantem: ſeqvuntur nunc juxta *th.73.* etiam effectus ex parte nunciantis erga nunciatum, qvi ſunt vel abſolutus, juramentum calumniæ *l.5.§.14.* de qvo ſupra jam *th 65.* vel limitati ſ. conditionales. Alius nititur conditione præſtitæ à nunciato ſatisdationis; alius nunciati ad iniqvam nunciationē ceſſionis ſive per ceſſationē ab opere inſtituto, ſive per facti reſtitutionem juxta *l.1§.7.* Ille eſt vel primus, vel ortus Primus eſt obligatio ad hoc, ut nuncians patiatur opus perfici *l.8.§.3.& 4.l.20. §.9.& ſeqq.l.21 §.1.* Rat. qvia ipſi tunc ſatis cautum eſt ſecuritate ſatisda- 88

tiſdationis *d.l.20.§.11.l.21.§.1.* Alieno autem nomine nuncians tenetur inſuper præſtare ſatisdationem judicatum ſolvi *l.5.§.pen.& ult.* ex interdicto *l.20.§.9. ne vis fiat ei, qvi ſatisdederit.* Qvod contra hunc datur etiam ante vim, ad hunc ſc. effectum, ut niſi ſatisdet judicatum ſolvi, ſummoveatur ab executione novi operis, & actiones, qvas domini nomine exercere velit, ei denegentur *l.7.h.* Rat. autem hujus ſatisdationis eſt, qvia ſuſtinet partes defenſoris *d.l.5.ult.h.* Ortus, non qvidem per ſe, ſed per accidens, ex illa obligatione, ſi ſc. non fuerit paſſus opus peragi, eſt alterum interdicti membrum in *l.20.§.6.* Utriusq; enim Prætor rationem habet, & nunciantis & nunciati, ut à mutuis injuriis tutos nos præſtet *l.21.§.1.* Per interdictum autem iterum intelligo non formulam interdictionis nudam, ſed effectum potius ſ. actionem *arg.l.20.§.10.& 12.& ſeqq.* In ſpecie autem ulterius de eo expedienda ſunt duo, alterum de ejus *competentia*, de *duratione* alterum.

89. Qvantum ad prius, ut locus ſit huic interdicto, duo reqviruntur. 1. ex parte nunciati, ſatisdatio 2. nunciantis, læſio ſ. offenſa poſt Præſtitam ſatisdationem. Inde actu primo *l.20.§.9. junct.* §.12. *eod.* niſi adverſus alieno nomine nunciantem etiam ſecundo, ſc. ad ſatisdandum judicatum ſolvi *l 7.h.junct.l.5.§.pen.& ult.* hinc ſecundo interdictum competit *l.20.§ 9.* Rat. autem hujus rei eſt, qvia per ſatisdationem nuncians fit ſecurus de jure ſuo *l.20.§.11.* atq; hoc facto Prætor etiam cum alteri *l.21.§.1.* tum publicæ cauſæ conſulere voluit *l.20.§ 10.h.* Dicta accipienda ſunt non tantum de ſatisdatione vera, ſed etiam de eo, qvod eſt loco ejus, nempe ſi per nunciantem ſtet, qvo minus ſatisdetur *l.20.§.9.12.& 13.pr.* Et qvamdiu cautum durat, vel ita per nunciantem ſtat, qvo minus ſatisdetur *d.l.20.§.14.& 15.* Nam ſatisdatione vera vel qvaſi ceſſante fundamentum remotum eſt *arg.d.l.20.§.9.* Hoc tamen caſu denuo ſatisdare licere, communiter adfertur, & tum, eo facto interdictum hoc iterum competet. Dd. autem hanc facultatem tantum ad annum reſtringunt. *Vid.th.ſeq.90.* Cœterum repromiſſio nuda non ſufficit *d.l.20.§.13.* niſi cauſa cognita & probata fuerit. Eo enim caſu etiam actionem habet, argumento à ſenſu contrario, & conſeqventer ei, qvi repromiſit, omnino permittendum ædificare. Atq; ita accipio *d.§.13 inf.* ut vocabulo *per-*

mitti ...

mittendum tacitè addatur *ſimpliciter* ſ. *plenè*, ita ut interdictum competat adverſus turbantem, qvi caſus ibi vertitur qvippe ſecundum ſubjectam materiam verba accipienda ſunt. Alias enim omnino repugnantia foret inter hæc verba & *l.5.§.17.l.8.§.2.& 3.*

De duratione hujus interdicti eſt textus in *l.20.§.ult.* ſecundum lectionem Florentinam ſatis perſpicuus; qvem vero dubium reddit alia lectio gl. qvæ pro *etiam* ponit *ceſſat*, qvem Dd. ſeqvuntur communiter & verba ſeqventia ad annale ſpacium limitant. Tum vero alii annum illum intelligunt de ſatisdatione vel præſtandâ, ſi ab initio per nunciationem ſteterit, qvo minus præſtaretur, nunc amplius non ſtet; vel ſi præſtita fuerit, ſed deſierit, denuo interponendâ: Alii de ipſo interdicto interpretantur. Qvi qvidem textui convenientius aliqvanto ſentiunt; verum neutri probantur. Probabilior lectio Florentina cum ob verba ſeqventia, tum per rationem, qvod Prætor poſt ſatisdationem nunciati non minus, qvam ante eam nunciantis cauſæ favet *arg. l.21.§.21.* Itaqve uti interdictum reſtitutorium eſt perpetuum, ita & hoc erit tale, accedente præſertim ſumma æqvitatis ratione. In heredes tamen dari non videtur propter *l.4.§.ult. junct. lll.ſeqq. de alienat. judic. mut. cauſa.* 90.

Effectus ex parte nunciantis conditionalis alter juxta *th. 88.* eſt vel præparatorius, vel principalis. Ille eſt juris ædificandi vindicatio per actiones ordinarias *l.19.l.1.§ 7.h.* Hic meo calculo, eſt injuriæ per actionem in factum vindicatio, poſtqvam ea prioribus actionibus detecta fuit. Dabitur autem ad id, qvod intereſt, imprimis cum ſatisdatio & ab opere ceſſatio ratione effectus exæqventur *l.20.pr.h.* 91.

Hi fuerunt hactenus effectus ex parte perſonæ: ſeqvuntur jam juxta *th. 27* alii ex parte operis & nunciandi formæ. Ille unicus eſt & nullam difficultatem habet. Eſt vero operis ipſius affectio, cujus vi interdictum reſtitutorium datur adverſus qvemvis poſſeſſorem *l.10.l.ult.h.* Qva de re jam ſupra *th.79.& ſeqq.* 92.

Hic etiam unicus eſt, & qvidem nunciationis verbalis proprius, nempe poſſeſſionis, ejusqve tam veræ, ſi in noſtro; qvam qvaſi, ſi in alieno ædificetur, in nunciatum translatio *l.1.§.6.l.5.§.10.* Nec impedit, qvod nunciatio ſit introducta tanqvam remedium jus ſuum con- 93.

tiſdationis *d.l.20.§.11.l.21.§.1.* Alieno autem nomine nuncians tenetur inſuper præſtare ſatisdationem judicatum ſolvi *l.5.§.pen.& ult.* ex interdicto *l.20.§.9. ne vis fiat ei, qvi ſatisdederit.* Qvod contra hunc datur etiam ante vim, ad hunc ſc. effectum, ut niſi ſatisdet judicatum ſolvi, ſummoveatur ab executione novi operis, & actiones, qvas domini nomine exercere velit, ei denegentur *l.7.h.* Rat. autem hujus ſatisdationis eſt, qvia ſuſtinet partes defenſoris *d.l.5.ult.h.* Ortus, non qvidem per ſe, ſed per accidens, ex illa obligatione, ſi ſc. non fuerit paſſus opus peragi, eſt alterum interdicti membrum in *l.20.§.4.* Utriusq; enim Prætor rationem habet, & nunciantis & nunciati, ut à mutuis injuriis tutos nos præſtet *l.21.§.1.* Per interdictum autem iterum intelligo non formulam interdictionis nudam, ſed effectum potius ſ. actionem *arg.l.20.§.10.& 12.& ſeqq.* In ſpecie autem ulterius de eo expedienda ſunt duo, alterum de ejus *competentia*, de *duratione* alterum.

89. Qvantum ad prius, ut locus ſit huic interdicto, duo reqviruntur. 1. ex parte nunciati, ſatisdatio 2. nunciantis, læſio ſ. offenſa poſt præſtitam ſatisdationem. Inde actu primo *l.20.§.9. junct.* §.12. *eod.* niſi adverſus alieno nomine nunciantem etiam ſecundo, ſc. ad ſatisdandum judicatum ſolvi *l.7.h.junct.l.5.§.pen.& ult.* hinc ſecundo interdictum competit *l.20.§.9.* Rat. autem hujus rei eſt, qvia per ſatisdationem nuncians fit ſecurus de jure ſuo *l.20.§.11.* atq; hoc facto Prætor etiam cum alteri *l.21.§.1.* tum publicæ cauſæ conſulere voluit *l.20.§10.h.* Dicta accipienda ſunt non tantum de ſatisdatione vera, ſed etiam de eo, qvod eſt loco ejus, nempe ſi per nunciantem ſtet, qvo minus ſatisdetur *l.20.§.9.12.& 13.pr.* Et qvamdiu cautum durat, vel ita per nunciantem ſtat, qvo minus ſatisdetur *d.l.20.§.14.& 15.* Nam ſatisdatione vera vel qvaſi ceſſante fundamentum remotum eſt *arg.d.l.20.§.9.* Hoc tamen caſu denuo ſatisdare licere, communiter aufertur, & tum, eo facto interdictum hoc iterum competet. Dd. autem hanc facultatem tantum ad annum reſtringunt. *Vid.th.ſeq.90.* Cœterum repromiſſio nuda non ſufficit *d.l.20.§.13.* niſi cauſa cognita & probata fuerit. Eo enim caſu etiam actionem habet, argumento à ſenſu contrario, & conſeqventer ei, qvi repromiſit, omnino permittendum ædificare. Atq; ita accipio *d.§.13.inf.* ut vocabulo *per-*

miſſ on

mittendum tacitè addatur *ſimpliciter* ſ. *plenè*, ita ut interdictum competat adverſus turbantem, qvi caſus ibi vertitur qvippe ſecundum ſubjectam materiam verba accipienda ſunt. Alias enim omnino repugnantia foret inter hæc verba & *l.5.§.17.l.8.§.2.& 3.*

De duratione hujus interdicti eſt textus in *l.20.§.ult.* ſecundum lectionem Florentinam ſatis perſpicuus; qvem vero dubium reddit alia lectio gl. qvæ pro *etiam* ponit *ceſſat*, qvem Dd. ſeqvuntur communiter & verba ſeqventia ad annale ſpacium limitant. Tum vero alii annum illum intelligunt de ſatisdatione vel præſtandâ, ſi ab initio per nunciationem ſteterit, qvo minus præſtaretur, nunc amplius non ſtet; vel ſi præſtita fuerit, ſed deſierit, denuo interponendâ: Alii de ipſo interdicto interpretantur. Qvi qvidem textui convenientius aliqvanto ſentiunt; verum neutri probantur. Probabilior lectio Florentina cum ob verba ſeqventia, tum per rationem, qvod Prætor poſt ſatisdationem nunciati non minus, qvam ante eam nunciantis cauſæ favet *arg. l.21.§.21.* Itaqve uti interdictum reſtitutorium eſt perpetuum, ita & hoc erit tale, accedente præſertim ſumma æqvitatis ratione. In heredes tamen dari non videtur propter *l.4.§.ult. junct. lll. ſeqq. de alienat. judic. mut. cauſa.* 90.

Effectus ex parte nunciantis conditionalis alter juxta *th. 88.* eſt vel præparatorius, vel principalis. Ille eſt juris ædificandi vindicatio per actiones ordinarias *l.19.l.1.§ 7.h.* Hic meo calculo, eſt injuriæ per actionem in factum vindicatio, poſtqvam ea prioribus actionibus detecta fuit. Dabitur autem ad id, qvod intereſt, imprimis cum ſatisdatio & ab opere ceſſatio ratione effectus exæqventur *l. 20.pr.h.* 91.

Hi fuerunt hactenus effectus ex parte perſonæ: ſeqvuntur jam juxta *th. 27* alii ex parte operis & nunciandi formæ. Ille unicus eſt & nullam difficultatem habet. Eſt vero operis ipſius affectio, cujus vi interdictum reſtitutorium datur adverſus qvemvis poſſeſſorem *l.10.l.ult.h.* Qva de re jam ſupra *th.79.& ſeqq.* 92.

Hic etiam unicus eſt, & qvidem nunciationis verbalis proprius, nempe poſſeſſionis, ejusqve tam veræ, ſi in noſtro; qvam qvaſi, ſi in alieno ædificetur, in nunciatum translatio *l.1.§.6.l.5.§.10.* Nec impedit, qvod nunciatio ſit introducta tanqvam remedium jus ſuum con- 93.

um conſervandi. *l.1. §.16.* Isqve effectus nunciantis intentioni plane ſit contrarius. Nam qvantum ad primum non videtur ibi per juris noſtri conſervationem in ſpecie intelligi poſſeſſionis retentio, ſed potius conſervatio in univerſali & ratione effectus ultimi. Nec vero hic effectus intentione nunciantis eſt contrarius ſive effectum ultimum reſpexeris, dum revera ſuum tuetur; ſive etiam proximum, ipſam poſſeſſionis translationem, qvia uſus eſt tali remedio, qvod ſciebat id operari *vid th. ſeq.* Nec vero plane juſta ac plena ex parte nunciati eſt illa poſſeſſio, ſed ſatisdatione demum purgatur ac Perficitur. *l. 7. §. 2. ff qvod vi aut clam.* qvamvis ex parte nunciantis translatio juſta ac plena eſſe videatur *d. l.1. §. 6. l.5. §.10. h. adde th. 75.*

94. Specialitatis ratio vehementer torſit ſomniorum virorum ingenia. Ergo ſimpliciter exiſtimo eſſe, qvod hæc nunciatio proprie introducta eſt de eo caſu, ſi opus fiat in alieno *l. 5. §.10.* Cum itaq; nuncians præſumatur id ſcire *arg.l.10. C.de LL.* & nihilominus ea utatur, videtur nunciare ita, ac ſi in alieno ædificaretur, conſeqventer hoc ipſo poſſeſſionem animo dimittere, qvod poteſt *l.3.§. 6. ff. de acqvir. vel amitt. poſſeſſ.* Non vero mihi probatur vel illa, qvod, cum nunciatus gravetur in uno, nempe Præter alios effectus communes nunciationis etiam neceſſitate demoliendi, idem debeat relevari in altero *arg.l.30.pr.ff de iureiur.* commodo nempe poſſeſſionis. Falſa enim hæc ratio nititur hypotheſi, qvaſi interdictum demolitorium nunciationis verbalis ſit proprium *Vid.th.ſupr.76.* Sed poſito & illo, non tamen conceſſo, nihilominus alia forent gravamina ex parte prohibitionum illo haud minora, interdicta duo, *qvod vi aut clam* & *uti poſſidetis. l.5.§.10.* Itaq; vel nulla; vel par utrinq; eſt ratio gravaminis: Vel illa, qvod poſſeſſio per ſatisdationem transferatur *l.7.§.2.ff. qvod vi aut clam*; ſatisdatio a. tantum locum habeat in nunciatione verbali. Nam & hoc falſum eſt *Vid. th.ſupr.75.* Sed & hoc poſito, non conceſſo. argumentum videretur in circulum. Si enim qværas, cur ſola verbali nunciatione poſſeſſio transferatur, reſpondent, qvia in hac ſola ſatisdatur: ſi porro qværas, unde probent in hac ſola ſatisdari, reſpondent, qvia per ſatisdationem poſſeſſio transfertur, qvod verbalis proprium eſt. Minus illa, qvod

qvi

Digitized by Google

qvi verbis nunciet, metuat: metu autem poſſeſſio amitti poſſit *l.3 §. 6. l.25 §. fin. ff. de acqvir. vel amitt. poſſeſſ.* Prius enim negatur *arg. l.14. pr. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Nec tandem illa, qvod prohibitio per jactum lapilli ſpeciem habeat antiqvæ vindicationis, de qva *Gell. lib. 20. c. 9.* Nam licet id qvidem non negem *ſupr. th. 62.* attamen in eo male rationem præſentis rei poni arbitror 1. cum hæc ratio non tollat dubium de prohibitione Prætoria. 2. præſupponat per jactum lapilli intelligi glebæ ex opere reportationem. *Vid. d. th. 62.* 3. Nititur illa hypotheſi, qvod gleba olim ex agro relata ſpeciem præ ſe tulerit poſſeſſionis. Qvod falſum puto propter multos textus *l.25 ff. de O. & A. l.36. de R. J. l. 24. §. ult. ff. de judic. l.3. §.5. ff. de acqvir. vel amitt. poſſeſſ.*

QUAMDIU NUNCIATIO TENET. Notantur his verbis 95. diſſentanea, ſive modi qvibus nunciatio ſolvitur: qvos eqvidem ad duas claſſes refero. 1. Eſt remiſſionum. 2. mutationum dominii. Nam ex qvibus cauſis nunciatio ab initio nulla ſit, ex hactenus expoſitis colligitur; nec ea huc pertinent, cum non tam privativè, qvam negativè ad nunciationem ſeſe habeant.

Remiſſio autem vocabulo late accepto eſt vel hominis, vel 96. juris. Illa eſt vel voluntaria, qvæ fit pacto ipſius nunciantis, *l.1. §.10.* licet tum ope demum exceptionis relaxatio fiat *d. §. 10.* vel involuntaria, qvæ indultu Prætoris & in ſpecie remiſſio dicitur. *l. un. §. 2. ff. de remiſſ. & t. t.* Hæc fit ſine pacto hominis, & Prætoris aditione, præſtita tantum ſatisdatione *l. un. §. 3. de remiſſ. verſ. caterum. & verſ. plane ſi l. 2. pr. junct. §. 5. eod.* Et qvidem de prima illa ex pacto difficultas nulla eſt. Nam qvamvis pacta privatorum juri publico non derogent *l.36. ff. de pact.* nunciatio autem juris publici ſit *arg. l. 1. pr. h.* qvamvis etiam poſt nunciationem res amplius integra haud eſſe videatur, propterea, qvod partes juriſdictioni Prætoris ſeſe committere dicuntur *l. 1. §. 9.* attamen neutrum remiſſionem inde impedit: non prius, qvia tantùm efficienter juris publici eſt *arg. d. l. 1. pr.* & favorem continet nunciantis *arg. d. l. 1. §. 17. h. l. 20. §. 11. l. 21. §. 1.* favoribus autem renunciari poteſt *l. 29. C. de pact. l. 5. de Epiſcop. & Cler.* Nec poſterius. Hoc enim convenit cum intentione Prætoris, ut lites minuantur *l. 1. §. 10.* Hinc vero emergit, hoc remiſſio-

nis genus reſtringendum eſſe ad ſolam cauſam privatam. *adde l. 7. §. 14. de pact.* Circa remiſſionem Prætoriam vero notanda mihi occurrerunt VII.

97 I. Eam expediri tam per ſe, ſcilicet ipſos principales, qvam per alios procuratorio nomine. Poſteriori caſu vel ex parte nunciantis, contra qvem remiſſio impetratur, alia perſona intervenit; & tum Prætoris eſt, videre ne falſus procurator interveniat & abſenti noceat, cum indignum ſit, qvolibet interveniente beneficium Prætoris amitti *l. 13. §. 1. inf. h.* præſertim cum alias qvoqve falſus procurator non gerat, vel domini perſonam repræſentet *l. 23. ff. rem. rat. habi* nec admittatur *l. 40. §. ult. ff. de procur. l. 1. C. eod.* Vel ex parte nunciati remiſſionem impetrantis, & cum partes defenſoris ſuſtineat, tenetur interponere ſatisdationem, non de rato, ſed de operis ipſius nunciatione *l. 5. § 19. h.* h. e. de opere iniqve facto reſtituendo, plane uti in eadem cauſa dominus faceret

98 II. Fieri in nunciantem *l. un ff. de remiſſ. §. 2. & paſſim.* Et ſi qvis per procuratorem nunciarit, cum per ſe feciſſe putetur qvod qvis per alium facit *l. 1. §. 11. ff. de vi & vi arm. l. 5. §. 3. ff. de admin. tut.* in perſonam ipſius domini *l. 13. pr. h.* De cujus & lectione, & conſeqventer ſenſu diſſenſio eſt, notante *gl.* Lectio tamen Florentina tanqvam ſimpliciſſima intellectu planiſſimo & jure convenienti merito præfertur. Qvamvis enim diverſa ſint in ſe nunciatio & remiſſio: ut non ilico videri poſſit habere mandatum remittendi, qvi nunciandi habet; tamen propter neceſſitatem connexionis hæc duo conjuncta eſſe intelliguntur.

99 III. Fieri prævia aliqva cauſæ cognitione. Qvod J. Cod. tanto expeditius eſt, qvippe qvo ne qvidem ad ſatisdationem admittitur nunciatus ante cauſæ cognitionem: ob rationem, ne ruinis deformentur oppida *l. un. C. ht.* At eadem ratio etiam pugnat contra remiſſionem Prætoris. Deinde ſatisdatio & remiſſio fere ubiqve comparantur. *l. 20. pr. junct. l. 5. §. 17. h. l. un. pr. & §. 2. de remiſſion.* Verum nec de Jure veteri id obſcurum eſt, tum per rationem æqvitatis, ne injuria fiat vel nuncianti, vel nunciato: tum propter *d. l. un. §. 2 ff. de remiſſ.* ubi expreſſe dicitur, qvod tum demum remiſſioni locus ſit, ſi nunciatio non teneat. Itaq; ad hoc, ut, num teneret nec,

ne,

ne, conſtaret, cauſæ cognitione, ſaltem aliqva, opus fuit. Cum autem textus ille difficilior ſit, hac occaſione ſenſum ejus ſubjicere placet. Nempe dicitur *nunciatio non tenere* hic, ſi nuncians non habet jus nunciandi, ſcilicet veritate inſpecta, ut tamen id habeat præſumtivè, ſive ordine juris. Nam ſi nec hac ratione habeat, ipſo jure nulla eſt nunciatio: conſeqventer remitti neqvit, cum privatio præſupponat habitum. Contra ſi nuncians jus nunciandi præſumtivè habet & hactenus nunciatio tenet, eſt, qvod remitti poſſit, remittiturqve actu, ſi apparuerit, non, veritate inſpecta, idem jus habuiſſe. Atqve hoc eſt, qvod paulo poſt ead. *l. un.* §. 3. remiſſio dicitur *inutilis eſſe, ſi fructuarius ipſi domino nunciet*, qvia nempe jus nunciandi nullo modo habet, *l. 1. §. ult.* & *l. 2. ff. ht.* conſeqventer nunciatio illa ſimpliciter non tenet juxta *h. l. un. §. 2. pr.* *Utilis autem, ſi idem fructuarius nunciet extraneo*, ſubintellige procuratorio nomine. Hoc enim poteſt *d. l. un. §. 2.* & *l. 1. §. ult. ht.*

IV. Fieri, licet veritas juris nunciandi non plane in apricum deducta ſit, juſta tamen ſit ſuſcipio, nunciantem revera non habere jus nunciandi, ſed potius ex adverſo nunciatum jus ædificandi, veluti ſi nuncians juramentum calumniæ præſtare nolit *l. 5.* §. *14. h.* Vel ſi nunciatus paratus ſit confeſtim judicium accipere, ut, ſi dicat, *hodie conſtet*, *hodie agamus l. 3. pr. ff. ut in poſſeſſion. legat.* nuncians autem detrectet *l. 3.* §. *cauſæ de Carbon. Edict.* Non autem ipſo jure hoc caſu remiſſionem fieri arbitror, ut alias multi, qvod ſola judicii oblatio non debet plus operari, qvam ſi revera Prætor aditus fuiſſet *arg. l. 23. ff. de lib. & poſth.* 106

V. Hodie qvidem regulariter fieri ſimpliciter, cauſa plene cognitâ: aliqn. tamen ex accidenti, ſi cauſa per temporis anguſtiam & probationum difficultates plene cognoſci neqveat, ſecundum qvid *l. un.* C. *ht.* qvatenus ſc. nuncians jus prohibendi non habuerit *l. 1. pr. ht. l. un. pr.* & §. *2. de remiſſ.* Cum ex adverſo olim videatur regulariter ſub iſta limitatione; & ex accidenti demum ſimpliciter, cum apertè conſtiterit, nunciantem jus prohibendi non habere, facta fuiſſe *per textus alleg.* 107

VI. Non fieri diebus feriatis, nec in hoc ſeqvi nunciationem. Rat. eſt, qvod prætor diebus feriatis adiri neqvit *l. fin. C. de fer. c. fin.* 108

Xx 2 Extr.

Digitized by Google

Extr. eod. At remiſſio & auctoritatem Prætoris,& aliqvam cauſæ cognitionem deſiderat. Limitationes autem & exceptiones hæc regula fortaſſe recipit ex *l. 4.C. & l. 1.§. 2.ff.de fer.*

103 VII. Remiſſionem hanc communem eſſe omnium nunciandi formarum, per rationes ſeqventes. 1. Si tum reſtitutioni locus eſt, cum remiſſio facta non eſt, videtur ſeqvi, ad qvas cauſas reſtitutio pertinet, ad eandem pertinere & remiſſionem. Rat. connexionis videtur ex terminis conſtare: Antecedens vero ſuggerit *l.20.pr.* Jam porro infertur: Atqvi reſtitutio pertinet ad omnem formam nunciandi *ſupr. th. 76.* E. & remiſſio. 2. Remiſſioni locus eſt, ubi nunciatio non tenet, ſ. nuncians non habet jus nunciandi *l. un. pr. & §. 2. de remiſſ.* At vero nunciantem non habere jus nunciandi pertinet ad omnes formas, ſ. omnium commune eſt. E. 3. Remiſſio & ſatiſdatio comparantur ratione ſolvendi nunciationis nexus *l. 20.pr. h. l. un. §. 2. de remiſſ.* Jam ſatiſdatio omnium formarum communis eſt *ſupr. th. 75.* 4. Negantium opinio caret fundamento. Qvod enim illi afferunt 1. vocabulum nunciatio proprie de verbali accipi. 2. hic deſore rationem ſpecialitatis, qvamobrem ſola verbali poſſeſſio transferretur in nunciatum, priori ſatisfactum eſt *ſupr. th. 75.* poſteriori *th. 94.*

Remiſſio juris fit præſtitâ ſatisdatione *l. un. §. 2. de remiſſ. l. 5. §. 17. h. l. 8. §. 2. eod.* Similis eſt Prætoriæ qvoad effectum ſolvendæ nunciationis *dd. ll.* qvibus adde *l. 20. pr. & §. 1. & 10. l. 21. §. 1.* Ratio autem hujus remedii eſt favor & nuntiantis, qvia ipſi ſic præſtatur ſecuritas *l. 20. §. 11. l. 21. §. 1.* & nunciati, ne damnum iniqvè ſentiat *d. l. 21. §. 1.* & reip. ne interim ædificia imperfecta relinqvantur *l. 20. §. 10.* Nam ad illam Prætoriam cauſæ aliqva cognitione opus eſt *th. 99.* qvæ cum mora haud careat, facile non nihil horum incommodorum accidere interea poſſet.

105 Et olim qvidem ante *l. un. C. h. t.* non tantum vim ſuam ſatisdatio illa ſtatim exerebat, ſed etiam ſtatim à nunciatione præſtabatur *l. 5. §. 17. h.* Poſterius autem hoc correctum fuit per *d. l. un.* Nam per hanc res prius cognitioni magiſtratus offerenda eſt, Rectoris in provinciis; præfecti urbi in urbe regia i. e. Conſtantinopoli, ibi qvidem trium menſium ſpatio examinanda ac decidenda, ſi fieri poſſit;

Qvo

Qvo elapſo demum ſatisdationi locus eſt, ſi intra illud ſpatium negotium confici non potuit. Hic vero nullum certum tempus cauſæ examini præſtitutum eſt; Videtur tamen Imperator regulariter minus voluiſſe indultum, cum per verba textus, tum per rationem in *l.* 20. *ſ.* 10. *h.* adductam. Hanc vero differentiam inter Urbem regiam & provincias Canoniſtæ tollere videntur, ui ubiq; tres menſes inter nunciationem & ſatisdationem cauſæ cognitionis gratia intercedant *c. pen. & ult. extr. ht.*

Satisdatio autem alia eſt vera, alia qvaſi, cum non revera ſatisdatur, ſed perinde habetur, ac ſi ſatisdatum eſſet, qvod accidit, ſi per nunciantem ſtet, qvo minus ſatisdetur vel repromittatur *l.* 5. *§.* 17. *l.* 20. *pr. junct. ſ.* 4. *& ſ. d. l.* 20. *ſ.* 9. Qvoad effectum non differunt *arg. l.* 5. *ſ.* 17. *l.* 20. *pr. junct.* §. 5. & §. 9. *ac.* 12. & 13. *eod.* Nec movet qvoad poſteriorem particula *debet* in *d l.* 20. § 5. qvaſi perſonæ interventu opus ſit ad remiſſionem faciendam. Repugnat *d. l.* 5. § 17. Itaq; illa intelligenda eſt vel reſpectu nunciantis, qvatenus is acceptione ſatisdationis qvodammodo poſſet dici remittere nunciationem: Vel potius ratione juris, qvod, cum ſatisdatione demum facta jus remittat, qvamvis hoc caſu ea præſtita reapſe non ſit, nihilominus tanqvam præſtita illud officium ſuum impertire debeat. Hoc autem effectu convenit cum ſatisdatione revera interpoſita *d. l.* 5. §. 17. *h.* Qvando autem intelligatur per nunciantem ſtare, qvo minus ſatisdetur, ita explicat *l. ult. ſ.* 2. *ff. qvod legat.* ſi nunciatus nuncianti ſatisdationem petenti moram faciat. Itaq; ut ipſe nunciatus eam offerat, haud reqviritur. Utraq; vero tam vera, qvam ficta, eſt vel ſatisdatio ſpecialius dicta, vel repromiſſio *d. l.* 5. § 17. *l.* 20. *ſ.* 12 & 13. *l.* 8. *ſ.* 2. & 3. juxta diſtinctionem cauſæ publicæ vel privatæ. 106

Etenim in publica cauſa ſufficit nuda repromiſſio *l.* 8. §. 2. & 3. *pr. ht.* per oppoſitionem expreſſam in *l.* 1. § 6 *ff de ſtipulat. Prætor. l.* 20. §. 13. *h:* Unde verſ. *qvoniam* in *d. l.* 8. *ſ.* 3 *ht.* accipiendus eſt non de omni alieno jure, ſive publico ſive privato, ſed de ſolo publico. Nam alias inde tanqvam ex ratione antecedentium deduceretur, repromiſſionem obtinere generaliter, ſi alieno nomine nunciatum eſſet: Qvo qvidem prima facie etiam faciunt *l.* 7. *pr. ff. de damn. infect. l.* 1. §. 6. & 7. *ff. de Prætor. ſtipul.* Verum duo textus, primus & ultimus manifeſto 107

Digitized by Google

feſto agunt de ſatisdatione in cauſa damni infecti. Hanc vero jura à cauſa nunciationis ſeparant, in ſpecie qvoad hunc articulum *d. l. 1. §. 6. & 7. de Prætor. ſtipulat.* Tertius, nempe *§. 4 d. l. 1.* diſtinctionem noſtram tuetur in terminis, licet ſubdiſtinctionem qvoad cauſam publicam ſubjiciat in verbis *final.* fac. porro *l. 5. §. ult. h. in. verbo ſatis acceperit.* Addo rationem. A procuratore illo nunciante ſatisdandum eſt nunciato de ipſa operis novi nunciatione, ſive judicatum ſolvi *l. 5. §. pen. & ult. l. 7. h.* Cur itaqve non viciſſim eidem ſatisdaretur: præſertim etiam cum remiſſio fiat in perſonam domini *l. 13. pr. h.* Unde non attendendum videtur, per ſe ille, an per alium nunciet. Qvoad cauſam publicam etiam qvidam ulterius ſubdiſtingvunt, ut repromiſſioni in ea locus tum demum ſit, ſi in commodum publicum cedat nunciatio: ſin in privatum, ex. gr. ad conſervandam ſervitutem, qvam in publico loco nuncians habet, non item. Forte haud male: propterea, qvod cauſa publica tantum per accidens tum intervenit, ipſa autem nunciatio & ratione cauſæ efficientis, ſive juris nunciandi, & finis per ſe conſiderata incidit in cauſam privatam.

108 In privata cauſà opus eſt ſatisdatione, *per textus th. antec. alleg.* ſcilicet juxta *theſ. 107.* vel vera vel ficta. *l. 20. pr. junct. §. 4. & 5. 21. §. 12. & 13. eod. l. 5. §. 17. h. t.* Qvamvis autem ſatisdatio alias in ſpecie eam denotet, qvæ fit fidejuſſoribus *l. 1. ff. qui ſatisd. cog.* deinde hæc prætoria ſit *l. 1. §. 2. ff. de Prætor. ſtipulat.* ut tanto magis talis præciſè videatur hic deſiderari *arg. l. 7. ff. eod.* Attamen, cum ſatisdatio in hac cauſa opponatur repromiſſioni, qvæ pignora excludit *l. 3. C de V. S.* Deinde ratio ſatisdationis æqve qvadret illi per pignora, qvam per fidejuſſores *arg. l. 20. §. 11. l. 21. §. 1. h. t.* Porro etiam alias ſæpe injuria fieret nunciato, fidejuſſores non reperienti, non video, qvid repugnet, qvo minus vocabulo latius accepto etiam pignora admittamus. Præſertim qvum ita ſæpe etiam alias ſumatur *l. 1. §. 5. & ſeqq. de Prætor. ſtipul. l. 5. ff. de hered. petit. junct. l. 3. C. de V. S. l. 45. ff. de procur. l. 56. pr. ff. de evict.* qvod primæ rationi dubitandi reponitur. Deinde & regula de Prætoriis ſatisdationibus aliàs qvoqve exceptiones patitur, ut in *l. 1. §. 5. & 6. de ſtipul. Prætor. l. 1. §. 9. de collat. l. 2. §. 2. qvod legator.* Utraqve enim ſatisdatio, de qva *dd. loc.* agitur, Prætoria eſt.

d. l.

Digitized by Google

d.l.2.§.2. quod legator junct.l 1.§.16. eod.l.21.§. ult. de conſtit. pecun. Id qvod alteri repono. Nec vero dicta reſtringo ad caſum voluntariæ conniventiæ nunciantis, eo, qvod illa opinio fundamento caret. Qvin ex adverſo ſimpliciter potius dicitur nunciatio ſatisdatione remitti *l.5.§.17.* volente, nolente nunciante *arg.l.20.§. 11. l.21.§.1.*

Cætera qvæ de ſatisdatione ſuperſunt, pertinent vel ad cauſas, vel ad effectus. Et qvidem ratione efficientis ſatisdat nunciatus non tam qva nunciatus, qvam qva ædificare volens. Hic n. interdicto tenetur, non ille *l. ult. h.t.* & per ſatisdationem facultas ædificandi impetratur *l.5. §.7. l.8. §.2. & 3. &c. facit l.21. §.5.* Not. ſi plures ædificare velint, ſufficit unius ſatisdatio. Nam eâ integrum opus de reſtitutione ſecutum eſt *d l.21. §.5.h.* Tenet hæc ſasisdatio etiam heredes *arg l.8.§.ult. ff h.t.* non vero præſtatur heredibus. Unde ratione ſubjecti recipientis præſtatur tantum nuncianti ipſi, qvia ſcilicet nunciatio morte nunciantis tollitur *d. l. 8. §.2.* Inde vero ſi cauſa plures tangat, & unus tantum nunciet, ei ſoli ſatisdandum videtur *l.5.§.6 h t.* Sin vero plures nunciarint, vel uni vel ſingulis, prout elegerint, cavendum erit *l. 21. §. 6.* Recipitur autem etiam recte per procuratorem *l.5. §. ult.* Ita tamen, ut effectus in ipſum dominum redundet *l.13.pr.h.t.* Ratione objecti reſtitutio boni viri arbitratu facienda in ſtipulationem deducitur *l. 21. §. 4. & §. 1. eod.* ad qvam ſive in re, ſive in intereſſe ſeu æſtimatione agi poteſt ſtipulatione commiſſa. *l.21. §.4.* Si plures ſtipulentur, liberum eſt facere ſibi promitti vel qvanti cujusqve interſit, vel qvanti res fuerit. Qvo poſteriori caſu ſive uni reliqvorum voluntate ſive ſingulis fuerit promiſſum, ſtipulatio refertur ad operis qvantitatem *d. l. 21. §. ult.* Cæterum ſatisdationem ad omnes formas nunciandi pertinere, ſupra oſtenſum eſt *th.75.* Ad formam refero, qvod fit 1. vel abſolute, vel in diem *l.13.§.1.h.* 2. Adjecta mentione heredis ex parte promittentis *l.8.§ ult.* 3. In caſum, ſi judicatum fuerit, ſive ante rem judicatum, cauſa acciderit, nec defendatur *l. 21. §. 2.* Unde nec aliter committitur, qvam illis caſibus *d. l.21. §. 4.* 4. Olim qvidem ſine Prætoris aditione *l. 5. §. 17.* niſi de ratione ſatisdandi ...inus conveniret, *arg. l. 13. §. ult. de damn. infect.* hodie vero ex 109

l. un.

l. un. C. ht. aditio Prætoris neceſſaria eſt, ſaltem ad præviam cauſæ cognitionem.

110 Effectus ſatisdationis reperiuntur complures, qvos facio alios ratione vel rei ſive nunciationis ipſius: vel perſonæ, tam nunciantis, qvam nunciati. Primi generis ſunt duo, I. ejus remiſſio *l.5.§.17.l.20.pr. l.un.§.2.de remiſſ.* qva in comparatione ad Prætoriam abſoluta eſt *arg. l.1.pr.h.l.un.pr.de remiſſ. junct.l.5.§.17.l.8.§.2.& 3.ht. & paſſim.* Ipſa autem in ſeſe conſiderata eſt tantum qvoad facultatem ædificandi, *th. ſeq.113. in fin.* Nam ſi ſatisdans male ædificavit, tenetur ad reſtitutionem, qvamvis non tam ex cauſa nunciationis proximè ac immediatè, qvam ex cauſa ſtipulationis *l.21.§.4.ht. junct.§.1.inf.eod.* II. ulterioris præpeditio *l.13.§.1.* Rat. qvia durante ſatisdatione cautum eſt nuncianti *l.20.§.11.l.21.§.1.* Textus *d.l.13.§.1.* difficilior apparet primo. Puto autem ſtipulationem, qvæ committi dicitur, intelligi illam procuratoris de rato; cum propter antecedentia & conſeqventia, qvæ agunt de procuratore nuncianti, ejusq; cautione de rato: tum per rationem prædicati, qvod committatur, ſi dominus novum opus nunciet intra diem ſtipulatione ex novi operis nunciatione comprehenſum; non committatur, ſi poſt illum diem. Nam qvia procurator nuncians ſatisdat de rato *l.5.§.18.* Dominus autem intra diem à procuratore acceptum nunciando ratum non habet, ſtipulatio de rato omnino committitur. Non committitur, ſi poſt diem illum ratum non habet, qvia ſatisdatio nunciati eo non pertinet, propterea, qvod tantum in diem ſatisdatum ſit. Atq; ita ſi procurator ſatis acceperit *juxta l.5.§.ult.ht.* dominus æqve, ac ſi ipſe accepiſſet, durante illa ſatisdatione à ſecunda nunciatione arcetur. Qvã puto ſimpliciſſimam & verbis juxtaqve analogiæ juris convenientiſſimam hujus textus eſſe explicationem. Omnia, ni fallor, ſic bene & perſpicue ſeſe habent. Colligitur exinde, durante ſatisdatione non licere ſecundùm nunciare: ſive ea domino, ſive procuratori præſtita: ſive abſolute, ſive in diem facta ſit, ita tamen, ut hoc caſu tantum intra diem id obtineat, ac, ſiqvidem procuratori facta ſit, qvi de rato ſatisderit, hæc ſtipulatio committatur. Poſt diem non obtineat, conſeqventer d. ſtipulatio non committatur. Cæterum debit-

bitatio de ſecunda nunciatione poſt annum, priore ſublata, num procedat, nec ne, ceſſat. J. Codicis *per l.un.ht.*

111 Effectus ſatisdationis ex parte perſonæ tam nunciantis, qvam nunciatæ utrobiq; eſt ſecuritas: Illic qvidem de operis iniqvè facti reſtitutione *l.20.§ 11.junct.l. 21.§.2.4.& ult.* Hic vero tum à periculo deſtructionis operis ſimpliciter tanqvam contra interdictum, atqve hoc iniqvè facti *l.21.§.2.ht.* tum à metu turbationis ſive per violentiam *l.20.§.9.* ſive per novam nunciationem, durante ſatisdatione ex priore *l.13.§.1.vid.th. antec.* Porro vero, ut ex dictis ſatis colligitur, hac ſatisdatione novum onus imponitur unà nunciato, nempe operis, ſi cognita cauſa iniqve factum eſſe apparuit, reſtitutio ex cauſa ſtipulationis *l.21.§.2.4.& ult.h.*

112 Generaliter autem puto notandum, qvemadmodum aliàs qvoqve per naturam effectus ſemper involvit relationem ad cauſam, & ab eadem ſuam habet dependentiam: unde cauſa ſublata etiam ipſum tolli oportet, ita idem & hic accidere tam in ſatisdatione vera, qvam ficta, ut ſcilicet ea ceſſante, ceſſent ejus etiam effectus hactenus expoſiti *arg. l.13.§.1.& l.20.§.14.& l.15.* Facit eodem etiam ratio ſatisdationis effectum ſuſtinens in *l.20.§.11. & l.21.* ſecuritas nunciantis, qvæ ceſſat ſatisdatione ceſſante. Unde porro emergit illud, ſatisdatione nunciationem non omnimodo tolli ſed tantum qvoad actum ſecundum, conſeqventer ſolam facultatem ædificandi ex parte nunciati. Nam ſi etiam qvoad actum primum tolleretur, ea ſemel ſublata, licet ceſſante ſatisdatione, reviviſcere non poſſet, cum à privatione totali ad habitum non detur regreſſus.

113 Hactenus de prima contrariorum claſſe: ſeqvitur altera, mutatio dominii *l.8.§.6.ht.* Hujus rei ratio videtur dari poſſe duplex 1. à cauſa efficiente, altera à fine. Cauſa efficiens nunciationis in ordine ad perſonam, cui competit, eſt jus nunciandi *ſupr.th.18.& ſeqq.* Qvod qvidem (in cauſſa privata) eſt vel dominii vel ſervitutis *l.un. §.3.ff. de remiß.* Jam ſi dominium mutatur, deficit hoc jus, qvod erat cauſa, & coſeqventer res incidit in illum ſtatum, ex qvo incipere non potuiſſet & ſic evaneſcit nunciatio. Eodem modo etiam mutato dominio ceſſat cauſa finalis, qvæ eſt juris noſtri conſervatio *l.1. §.16.& 19.* Nam mutatione illa dominii deſinit noſtrum eſſe, qvod

Digitized by Google

antea noſtrum erat. E. nec conſervare id amplius poſſumus tanqvam noſtrum.

114 Accidit illa dominii mutatio morte vel alienatione *d. l. 8. §. 6.* Morte, ſcilicet nunciantis, per rationes *th. antec.* propoſitas & textum expreſſum in *l. 8. §. ult.* qvod puto obtinere, etiamſi pro heredibus facta ſit nunciatio, cum per textus generalitatem, tum per rationes *th. antec.* qvæ oſtendunt, primum contra naturam eſſe, ut qvoad heredes clauſula illa valeat, cum nec dominium rerum ipſi habeant vivis auctoribus ſuis, nec nunciationis vinculum ad eos transferri poſſit, qvippe morte jam ſolutum: deinde publici juris diſpoſitione nunciationem perſonalem eſſe. At in publici juris præjudicium privatorum cautelæ non valent. *arg. l. 28. pr. ff. de pact. l. 38. eod. l. 5. C. de LL.* Qvod eò usqve producitur, ut afferatur, iſtam nunciationem ne qvidem valere ad effectum interdicti *qvod vi aut clam*. Nam non emtis nullæ ſunt affectiones. Qvin tamen dictum interdictum poſt mortem nunciantis competat, ſive jacente hereditate, ſive ea adita, non dubito *per l. 1. §. 1. ht.* Verum id non erit ex cauſa nunciationis *eod.* Cœterum etiam limitatio additur, qvod nunciatio tollatur morte qvoad ea, qvæ nondum contra eam facta ſunt. Nam qvoad hæc, ſcil. qvæ contra illam jam facta ſunt, effectus nunciationis etiam ad heredes tranſit *l. 20. §. 6.* Male autem vulgo in hanc ſententiam allegatur *d. l. 20. §. ult.* qvippe qvi de altero interdicti membro manifeſto eſt.

115 Morti comparatur capitis diminutio, qvæ propterea etiam mors civilis paſſim dicitur. Et de maxima ac media minus dubii eſt *per l. 63. §. ul. ff. pro ſoc.* non obſtante qvoad hanc poſteriorem *l. 59. §. ult. ff. de condit. & demonſtrat.* Nam ſpeciale id eſſe, ex ipſo textu patet. Adde rationem. Qvia enim amittitur civitas utrâqve *§. 1. & 2. Inſt. de cap. dimin.* amittitur etiam juris communio *Arl. 3. Pol. c. 3.* conſeqventer & nunciationis. Ea enim jure introducta eſt: & ſic res incidit in eum ſtatum iterum, ex qvo incipere non potuiſſet. Adde, qvod utraqve etiam bona amittantur. Hinc repetenda jam qvæ *th. antec. 114.* tradita fuerunt. Qvòd minimam, puto ea nunciationem non tolli, niſi per eandem mutetur dominium *arg. d. l. 8. §. 6.* qvod jure qvidem veteri accidiſſe videtur *arg. l. 2. ff. de cap. min.*

§. 1.

§. 1. *Inſt. de acquiſ. per arrog.* Jure autem novo caſus difficulter eveniet §. 2. *eod.*

Circa alienationem hoc tantum noto, videri vocabulum hic non accipi latiſſime, uti aliqvando, pro omni alienatione, *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* ſed de ea tantum intelligi, qvæ plenam dominii mutationem inducat, ſive ſaltem illius juris, qvod ad nunciandum aptum eſt, ſive talem, qva finiatur jus prohibendi *arg. d. l. 8 §. 6. ht.* Unde ſi res pignori detur, qvamvis & creditor jus nunciandi conſeqvatur *ſupr. th. 33.* minus tamen dubito, qvin nunciatio domini adhuc teneat, qvia ex illa parte jus prohibendi nondum finitum eſt, eo qvod dominium adhuc habet: *fac. l. un. §. 3. de remiſſ. Vid. ſupr. th. 27.* 116

DISSERTATIO DECIMA.

DE

CONDITIONIBUS,

Autore

D. CASPARO ZIEGLERO,

h. t. Ordinario Facult. Jur. Witteb.

Pro Gradu Jehn.

Anno 1655.

CUM BONO DEO.

Conditionis vocabulum non in jure tantùm noſtro, ſed apud bonos autores etiam alios diverſimodè accipitur, ita ut nulla nobis feliciter cedere poſſit tractatio, niſi potiores vocabuli ſignificatûs in veſtibulo exponamus. Freqventer autem

Digitized by Google

conditio accipitur pro ſtatu hominum; qvomodo qvis dicitur conditionis ſervilis, conditionis liberrimæ §. 5. *J. de jur. perſ. l. 5. pr. l. 21. de ſtat. hom. l. f. §. ult. de Ædil. ed.* unde conditionale inſtrumentum, qvo conditio ſtatûs probatur *l. 1. C. de agric. & cenſ.* Nonnunqvam pro qvalitate rerum aliarum; ut *l. 1. §. 23. de aq. & aq. pluv. arc. l. 23. §. 2. de S. R. P.* Nonnunqvam pro causâ, pro modo, pro demonſtratione, &c. de qvo Galganett. *de condit. p. 1. c. 1. n. 17. 18. 19.* ſed valdè abuſivè, uti dicetur infra.

II. Uſurpatur deinde hoc vocabulum in materiâ nuptiarum & matrimonii. Qvo pertinent *l. ult. de ſponſal. l. 19. de rit. nupt. l. 65. de indic. l. 3. de proxenet.* Unde phraſes & modi loqvendi: Conditionem ferre, conditionem accipere, conditionem qværere & invenire, CONDITIONE TUA NON UTAR, &c. Et apud Feſtum *l. 5.* conventa conditio dicitur, cùm primus ſermo de nuptiis & earum conditione habebatur. Sed & ad conjunctiones minus honeſtas vocabulum id trahebatur. Qvomodo apud Jul. Capitolin. *in M. Ant. Philoſ.* legitur, Fauſtinam apud Cajetam conditiones ſibi & nauticas & gladiatorias elegiſſe, & apud Lampridium: Heliogabalum Romæ emiſſarios habuiſſe, qvi ei bene naſatos perqvirerent, eosqve ad aulam perducerent, ut eorum conditionibus frui poſſet. it. Lavacrum publicum in ædibus aulicis feciſſe, ſimul & palam populo exhibuiſſe, ut ex eo conditiones benè naſatorum hominum colligeret, & apud Sveton. *in Aug. cap. 69.* conditiones Auguſto qvæſitas per amicos, qvi matresfamilias & adultas ætate virgines denudarent atqve perſpicerent, &c.

III. Sunt, qvi in his & aliis locis conditiones accipiant pro ipſis verendis & partibus illis qvas natura tegit, ut Rob. Conſtantin. *in ſupplem. Ling. lat.* qvibus eqvidem non multum contradixerim. Malim tamen cum Marcello Donato per conditiones intelligere ipſas conjunctiones carnales & inhoneſtas, qvas ut haberet fortiores Heliogabalus, benè naſatos ac mutoniatos ſeu draucos conqviſivit, qvi laſtaurum agerent validè. Illa enim inqviſitio præceſſit, fruitio deinde conditionis ſive conjunctionis prorſus nefandæ & abominandæ ſecuta. Et qvod de Fauſtinâ adduximus ſupra hoc dicit, eam promiſcuè ſe qvibusqve, etiam gladiatoribus & nau-

tis

is proſtituiſſe. Vid. plura apud Marcell. Donat. *Comm. in d. l. Lampridii.*

IV. Sed & pro pactione ſeu conventione & lege contractûs ſumitur nonnunqvam vocabulum conditionis, qvomodo videtur accipi in *l. ult. de ſponſal. l. 36. de rit. nupt. §. f. J. de his qvi ſui vel al. l. 23. Quæ in fraud. cred.* Unde qvidam tabularios ſive notarios dictos putant Conditionales, eò, qvod conditiones de qvibus conventum fuerit, literis mandarent & in chartam conjicerent. Id vocabuli occùrit non tantum in Cod. Juſtin. *l. 11. C. qvi pot. in pign. l. 7. C. de iur. fiſc.* & Theodoſiano *l. 2. d. ſtud. lib. urb. Rom* ſed etiã apud Scriptores ſacros, Tertullianũ *l. de idolol. pag. m. 111.* & Ivonem Carnotenſẽ *Epiſt. ad Paſchal. Pap.* Pamelius *ad d. l. Tertull.* putat, conditionales vocari eos, qvorum officium eſt aliqvid condere, qvales ſunt opifices. Rectius Ludovicus de la Cerda conditionales explicat, qvi certis conditionibus locant ſuas operas. & Nicol. Rigaltius *obſ. ad eund. Tertull. p. 24.* ita dici putat ſervos, qvi certæ conditioni adſcripti & mancipati ſint, niſi malis fortè cum Lud. Ruſſardo *ad d. l. 11. c. qvi pot. in pign.* tabularios ideò vocari conditionales, qvia teſtium depoſitiones, qvæ conditiones dicuntur Iſidoro *l. 5. Etym. c. 24.* exciperent.

V. Famoſiſſima verò & in totâ latinitate maximè celebris ſignificatio vacabuli conditionis eſt, qvando accipitur pro adjectione aliqva ſeu qvalitate actûs, qvæ negotium, cui adponitur, ita ſuſpendit, ut negotium ipſum intereà fere nihil ſit, & ex eventu demum pateat, qvid de exiſtentiâ ejus ſentiendum ſit. Ipſi opponitur actus purus, qvi ſimul ac peractus fuerit, ex ſe parit obligationem & actionem, non poſt aliqvod demum temporis intervallum. Et in iſto ſignificatu noſtras concepimus meditationes, veniam interim petentes, ſicubi inter tortricas & tortuoſos anfractûs, qvos hîc ſuperandos videmus, extra metam evagati fuerimus, aut ſi dubii nonnunqvam hæreamus, neſcientes, ubi pedem conſtanter figere liceat.

VI. Propoſueramus eqvidem nobis totam hanc materiam certis aphoriſmis & axiomatibus includere. Sed enim, cùm attentiùs eã de re cogitaremus, fruſtra nos laborare ferò deprehendimus. Nec enim regulas univerſales & infallibiles conſcribere qvis poteſt, ubi voluntatis qvæſtiones & ſubinde occurrunt & diligenter à JCtis

diſcutiuntur. Scilicet in conditionibus ſola inſpicitur voluntas, nec alia interdum ratio, niſi voluntatis reddi poteſt. Qvorſum n. illæ? Si Rex Parthorum Vivit. Si Titius Capitolium Adſcenderit, &c: qvæ ſanè nullius effectûs aut momenti videntur, ut nec interſit fortè impleri aut non impleri, niſi hoc voluerit Teſtator, aut qvi conditionem dixit. Videbimus tamen & conabimur, ut, qvantum pote, certis ſubinde regulis nobis noſtras aſſertiones exhibeamus, nec ἀμεθόδως prorſus in tam vaſto & undiqvaqve patenti campo progrediamur.

VII. De notatione vocabuli nihil præfamur. Nec enim hîc eam multis examinare multum intereſt. Litem iſtam remittimus potius ad Grammaticos, gentem aliàs contentioſam, qvi vocabulorum Anatomias in deliciis habent, qviqve felices ſe putant, ſicubi inveniant, qvem ob male ſectum verbulum rodant, qvem carpant, qvem ſcuticâ & flagello perſeqvantur. Vid. interim Donell. 8.c30. Galganett. p.1. c.1. Goedd. *de contr. ſtip. c.8. n.134.* Major cura nobis eſt circa definitionem realem. Eam verò pro conceptu, qvem qvisqve ſibi fingit, invenimus admodum variam, ut citius horologia inter ſe convenire poſſe putem, qvàm Doctorum hâc in re ſententias. Nos miſſis aliorum opinionibus talem nunc ſiſtimus: *Conditio eſt qvalitas actûs negotium in futurum & incertum eventum ſeu caſum differens.*

VIII. Actum hîc ſumo generaliter, qvatenus ad jus teſtandi etiam extenditur *l.19. & 20. de V.S.* ſed ita tamen, ut diſtinguam à negotio, circa qvod veluti objectum occupetur, & qvod veluti cauſa eſt ipſius actûs. Qvalitas autem dicitur ideò, qvia conditio non eſt ipſe actus, ſed forma qvædam extrinſecus adveniens, actum ipſum tamen ita qvalificans, ut extra eam conſiderari amplius neqveat.

IX. Principalia conditionis reqviſita ſunt (1.) ut conferatur in tempus futurum, *l.39. de R. C.* Præſens enim & præteritum tempus non ſuſpendunt actum *l.37. eod. l.34. §.1. de condit. & dem. l.3. §.13. de bon. lib.* nec morantur obligationem, ſed aut ſtatim infirmant eandem, aut omninò non differunt *§.6. J. de V. O. l.10. ff. eod.* utut contrahentes rei veritatem ignorent. *l.120. de V. O.* Et propterea ſi qvid in præte-

præteritum aut præſens tempus confertur, proprie dicta conditio non eſt, nec vim ſed figuram tantùm conditionis habet, uti loqvitur Proculus *l.69.de hered. inſt. l.10.§ 1.de cond. inſtit.* Magnif. Dn. Franzk. *diſput. de obligat. th.30.* Cujac. *ad l. cum in ſecundo ff. de iniuſt. rupt.* Donell. *8. c.30.* Duaren. *ad tit. de reb. cred. cap.5.* Goedd. *ad l.213. de V. S. n.3.& de ſtip. cap.8. n.137.* Hortenſ. *ad §.conditiones I. de V.O.* (2) reqviritur, ut eventus ſit incertus, ita ut indifferenter ſe habeat tàm ad eſſe, qvam ad non eſſe *l.18. de cond. ind. l.9.§.1.de novat.* conſeqventer, ut etiam ſit poſſibilis. Impoſſibilis enim conditio, cùm non poſſit non deficere, neqve ſuſpendere poteſt actum, aut ſpem aliqvam futuri eventûs facere.

X. Ex his facilè reſponderi poteſt ad qvæſtionem, qvam Dd communiter hic agitare ſolent: Utrum dies diſpoſitioni adjectus eam conditionalem faciat, an minus? Adjectus eſt enim dies aut certus aut incertus. Si certus, conditionem non facit, ſed obligatio ſtatim præſens eſt, & in diem tantùm dilata ſolutio. *l.1.§.1. de cond. & dem l.21.qv. dies leg. l.46. de V. O. l.70. de ſolut.* Vid. Bachov. *ad Treut. diſput.27. th.6.C.* Si incertus, vera eſt conditio, *l.75. de condit & dem. l 30. §.4. de leg.1. l.1. §.ult ut leg. nom. cav. l.21. qv. dies leg. l 38.§.16. de V.O* Dn. Franzk. *exerc.10.qv.2.*

XI. Sed qvid ſentiendum de die mortis, qvando legatum qvid fuerit, cùm morietur heres vel legatarius? Certum enim moriturum heredem aut legatarium, licet incertum ſit, qvando moriturus ſit. Eqvidem ſubeſt hic aliqva differentia, qvæ qvoad effectum transmiſſionis accuratè obſervanda venit. Si enim tibi legavero, Cum Morieris, non dicitur conditionale legatum, & non poterit non transmitti ad tuum heredem, qvia, qvandocunq; morieris, vivens mori intelligaris, & propterea certum ſit, te vivo diem legati exiſtere. Momentum enim moriendi ad vitæ potius qvàm mortis tempus referendum eſt *l.18. l. ult. de manum. teſt.* Agell. *l. 6. noct. Att. c.13.* Dies igitur mortis tuæ pro certo habetur, qvamvis alioqvi incertus videatur. Sed è diverſo ſi legavero tibi, CUM HERES MORIETUR, conditionale eſt legatum, & ſi prius moriaris, qvàm heres, non transmittitur. *l.4. qv. dies leg.* Qvamvis enim heredem moriturum certum

certum ſit, tamen incertum eſt, an legatario vivo dies legati non cedit, & non eſt certum, ad eum legatum perventurum *l.1.§.2.l.79.pr. & §.1. de cond. & dem.l.12.§.1. de leg. 2.*

XII. Iſta tamen differentia non obſervatur in ſtipulationibus, qvia & ſpes conditionalis ſtipulationis ad heredem transmittitur, & qvilibet non tantùm pro ſe, ſed etiam pro heredibus ſuis contrahit. Unde nihil intereſt, vivo an mortuo Creditore exiſtat conditio. Qvandocunqve enim committitur ſtipulatio, initium, qvo facta eſt, ſpectatur; legati verò non initium, ſed dies ejus demum, qvo cedit. Vid. Balduin. *in Juſtian.p.44.ſeqq.* Donell. *15.c.11.B. D.*Hortenſ. *ad §. poſt mortem J. de inut. ſtip.*

XIII. Dicitur aliàs ut hoc obiter moneamus, dies incertus tripliciter, (1) *an* & *qvando* extiturus ſit, ut cum alicui legatur, ſi vel ipſe vel alius Conſul factus fuerit, (2) tantum *an*, ut: lego Titio 100. ubi natus erit 70. annos. (3) tantum *qvando*, ut: qvando is morietur. Conſultiſ. Dn. D. Hahn. *Obſ. ad VVeſenb. tit. de cond. & dem. n.3. Primo* modo dies incertus maximè propriè conditionem facit *l.75. de condit. & dem. l.16.1.56. de cond. ind.* & ſub tali die incerto debitum, ſi ante diem ſolvatur, condici poteſt, Sed & *ſecundo* modo adhuc videtur conditionem facere, qvia de exiſtentiâ diei illius nemo qvisqvam certus eſſe poteſt. niſi forte tempus non ad ſubſtantiam legati, ſed ad præſtationem ſeu executionem adpoſitum fuerit, qvale exemplum extat *l.5.C.qu.dies leg. Tertio* autem modo planè non videtur conditionem facere, utut ſolutionem in tempus aliqvod differat, nec ſolutum etiam ante diem condici poteſt, qvia certum eſt, diem aliqvando extiturum *l.17.de condit.ind.* Vid. Ang. Mattheac. *l.1.de legat. & fideic.c.4.n.11.ſeqq.* Donell. *8.c.31.& 15.c.11.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. de cond.& dem. n.7.10.* Breviter: Si dies poſſit non cedere conditio eſt; ſi non poſſit non cedere, conditio non eſt. Cujac. *18.obſ.1.* Conf Goedd. *ad l. 1. de V.S. num.17.* Bachov. *ad Treuteldiſp.13.th.6.lit. E.*

XIV. Sed redeamus ad definitionem. Per eam autem ſatisconſtare arbitror, qvid differat conditio à cauſâ, à demonſtratione, à modo, ut proinde pluribus iſtas differentias exponere hîc opus non ſit. Expoſuit eas Matteac. *l.3.de legat. c.11.* Hillig. *in Don.8.c.14.*

C. I.

Digitized by Google

§. I. & inprimis qvomodo differat à modo Cujac. *conſult. 2.* Magnif. Dn. Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 10. & d. 26. n. 3. 4. 5. 6.* Dn. D. Hahn. *ad tit. de cond. & dem. p. 326.* Sed probè tamen & ante omnia mens teſtatoris eſt attendenda *l. 19. de condid. & dem.* Illa enim hîc utramqve paginam facit, & poteſt fieri, ut conditio videatur, qvæ talis non ſit, aut vice versâ, ut modum inferre videantur verba, qvæ tamen conditionem potiùs faciunt.

XV. Scilicet, ſunt qvidem γνωρίσματα qvædam, qvibus utcunqve dignoſci poteſt conditio, qvalia ſunt vocabula SI, CUM, NISI, POSTQVAM, QVOAD, DONEC, &c. de qvibus Galganett. *p. 1. c. 89. & p. 2. c. 1. q. 1. 2. 3. 4.* Mattheac. *l. 1. de leg. c. 4. n. 18. 19.* Duaren. *ad tit. de cond. inſt. c. 3.* Donell. *7. c. 31. & 15. c. 11.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. h. t. num. 7.* duo itidem ablativi abſolutè poſiti, utut hi ex participio ſenſum præteriti temporis habere videantur; tamen qvia in omnibus prævalet voluntas teſtatoris aut mens contrahentium, non licet iſtis characteribus firmiter inhærere, & argumenta prorſus invincibilia inde colligere. Conf. Bald. de Ubaldis *de pact. n 22. 23.*

XVI. Cæterùm adponi poſſunt & ſolent conditiones qvibuscunqve negotiis, hereditatibus, legatis, contractibus, pactis, ſententiis, &c. ex qvorum diverſitate tamen diverſas patiuntur & pariunt interpretationes, ita ut in contractibus aliud, aliud in ultimis voluntatibus nonnunqvam jus faciant. Sed & ſponſalia ſub conditione celebrari poſſunt *c. de illis, c. ſuper eo, & t. t. X. de condit. adpoſ.* Conf. Kitzel. *Synopſ. matrim. c. 4. theorem. 10.* qvomodo etiam apud Judæos olim contractibus ſponſalitiis conditiones nonnunqvam accedebant, de qvibus eleganter Selden. *in uxor. Hebr. l. 2. c. 5.*

XVII. Matrimonium verò ipſum, ſive nuptiæ omnem prorſus reſpuunt conditionem. Qvia enim illæ per conjunctionem maris & fœminæ de præſenti definiuntur, & talem qvidem, qvæ individuam vitæ conſuetudinem continet, §. 1. *J. de pat. p t.* earum natura pati neqvit, ut conjunctionem talem factam, & nihilominus in futurum & incertum eventum ſuſpenſam dicamus. Si tamen verba ſponſalitia co[...]ctionem de præſenti innuere videantur, & conditionem adjunct[...] habeant, obliqvanda ea cenſemus, ita ut ſponſalia potius, qvam ipſum matrimonium inducant.

nondum extitit. Remanet ergo ſervitutis conſtitutioni inutiliter addi conditionem. Vid. Hortenſ. *ad §. ſi qvis velit J. de ſervit.* Donell. *11. c. 10.* Vultej. *ad pr. J. de uſufr. n. 5.* Petr. Coſtall. *ad d. l. 4. de ſervit.*

XXII. Seqvitur, ut de diviſionibus conditionum videamus, qvas tamen nec lubet nec opus eſt in jure paſſim traditas hîc recenſere. Sufficit ſi primarias interim exhibeamus, reliqvas ingeniis magis curioſis relinqventes. Prima autem & præcipua ipſum concernit inducendi modum, qvo conditio alia dicitur expreſſa, alia tacita. Expreſſa eſt, qvæ verbis exprimitur, *arg. l. 1. pr. de cond. & dem.* Tacita, qvæ intellectu potiùs percipi & ſubintelligi, qvam externo verborum ſono audiri vult.

XXIII. Subintelligatur autem conditio (1.) ex neceſſitate, & tùm VEL propter rei naturam, ut qvando legantur aut locantur fructûs ex certo fundo naſcituri, *l. 1. in f. de cond. & dem.* ſi enim nihil natum fuerit, nihil debebitur *l. 73. de V. O.* Magnif. Dn. Franzk. *ad tit. Locati n. 95. & 105.* VEL propter juris diſpoſitionem. In omni enim legato ſubintelligitur conditio, *ſi hereditas adeatur*, qvæ poteſtate juris ineſt *l. 32. pr. de leg. 2. l. 44. §. 1. l. 86. §. 2. de leg. 1.* Neutrubi vera eſt conditio, neqvidem, qvando à Teſtatore nominatim fuerit expreſſa *l. 99. l. 107. de cond. & dem. l. 3. de leg. 1.* Suſpenditur enim extrinſecus legatum, non ex ipſo teſtamento *d. l. 59. & l. 6. q. dies leg.* imò ſuſpenditur tantùm præſtatio legati, & ex ipſâ re dilatio oritur, dies autem ſtatim cedit, perinde ut in legato puro, *l. 6. l. 25. §. 1. qv. dies leg.* & propterea ad heredem transmittit legatarius tale legatum, ſi qvidem citiùs moriatur, qvam vel fructus nati fuerint, vel hereditas adita, *d. l. 25.* niſi fortè hoc animo fuerit teſtator, ut faceret conditionem, *l. 19. §. 1. de condit. & dem.* Et tale qvid etiam in contractibus, imò & in ſponſalibus uſu venit, ut ſubintelligantur nonnunqvam & tacitè ſubeſſe credantur conditiones, qvæ tamen propriè conditiones non ſunt, nec ſuſpendunt negotium, cui adjiciuntur. D. Hahn. *ad tit. de Sponſ. p. 125.*

(2.) Subeſt tacita conditio & cognoſcitur ex tacitâ reſolutione, ut ſi legatum purè prius datum, deinde ſub conditione adimat Teſtator, tùm enim ſub contrariâ conditione datum intelligitur

l.107. de cond. & dem. l.10. de adim. leg. l.6. qv. dies leg. Galganett. *p.2. c.1. q.105.*

(3.) Ex ſubauditione legis, uti fit in legatis annuis. Primi enim anni legatum purum eſt, ſeqventium conditionale *l.4. l.5. de ann. leg.* Qvod ſecus ſe habet in ſtipulatione. Goedd. *de ſtip. c.8. n.153. ſeq.* Hortenſ. *ad §. at ſi ita J. de V. O.* Dn. Ludvvel. *diſp. 12. th. 4. lit. b.*

(4.) Ex præſumtione, qvam ſubminiſtrare poſſunt verba, uti fit *l.16. de aur. leg. l.19. ad SCt. Treb.*

(5.) Ex qvalitate ipſius legati, uti fit in legato dotis cauſâ; qvia enim dos absqve nuptiis eſſe neqvit, ſemper ſubeſt tacita conditio, ſi nuptiæ ſeqvantur *l.21. l.41. de jur. dot.* Et in hoc promiſſio dotis & legatū dotis æqviparantur *l.21. de V.O.* Vid. Gerhard. *de Teſtam. diſput. 6. n.42.* Dn. Hahn. *ad tit. de cond. & dem. p.334.* Similiter cognoſcitur conditio ex qvalitate & modo contrahendi, qvomodo emptio olei, vini, tritici, gregis, qvando pretium ſtatuitur in menſuras, pondera, numerum, &c. conditionem habet, ſi ad penſum, admenſum, adnumeratum fuerit. *l.35. §.5.6. de contr. empt.* Donell. *15. c.11. G.* Dn. Franzk. *ad tit. de peric. & comm. n.7.23.24. ſeqq.* Galganett. *p.2. c.1. q.94.*

XXIV. Caveas tamen latius extendas conditionem, aut id potius qvod in conditione eſt, qvam res ipſa aut negotium, cui ea adpoſita eſt, patitur. Vexata & jam olim inter Pegaſum & Ariſtonem agitata qvæſtio etiamnum in ſcholis movetur; utrum liberi in conditione poſiti etiam ſint in diſpoſitione? Plurimi eam affirmârunt, Viri etiam magni, viri in legibus verſatiſſimi. Plurimi eam negârunt, & noſtro qvidem judicio rectiùs, Viri non minus exercitati & in legibus periti. Qvos ut ſeqvamur faciunt inprimis *l.19. de hered. inſt. & l.8. ſi qvis om. cauſ.* Vid. Duaren. *ad tit. de cond. inſt. c.5.* Galganett. *p.2. c.1. q.97.* Mattheac. *de leg. l.2. c.17. n.7.* Arum. *exerc.r 9. th.19. & diſput.17. n.16.* Gerhard. vel potiùs Dn. Parens meus autor *il. diſput. 4 de Teſtam. n.15.* Juſt. Reiffenberg. *in Nomotheſiâ Maxim K. p.116.117.* & qvos magno numero allegat Hillig. *in Donell. 8. c.31. 2.* ante omnes verò ſolidiſſimus Franzk. *ad L. Gallus diſp. 2. memb. 2 ſ. 4. num. 1.*

XXV.

XXV. Ad conditiones tacitas pertinet tractatus de repetitione conditionum. Evenire enim nonnunqvam ſolet; ut conditio verbis non exprimatur, repetatur tamen ex antecedentibus, & afficiat etiam ea, qvæ pura alioqvi videri poſſent. Qvod qvando fiat, difficilè eſt explicatu, & ferè ex conjecturâ voluntatis pendet. Unde proclivior ad lapſum datur via, & maximè ſalebroſa. Videbo tamen qvousqve penetrare qveam, qvousqve ſine offendiculo progredi liceat.

XXVI. In ultimis voluntatibus hoc uſu venit, ut conditio adſcripta inſtitutioni, repetita cenſeatur in legato, qvod heredi inſtituto relinqvitur, ſive id legatum ſcribatur in Teſtamento, ſive in Codicillis ſubſeqventibus. *l.70. l.77. de cond. & dem. l. 18. de cond. inſt.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. ad h.t.n.7.* Imò generaliter omni, cui qvid prius relictum ſub conditione ſive titulo inſtitutionis ſive legati, ſi de novo aliqvid legetur poſteà, conditio cenſetur repetita ſive in eâdem ſive diverſis orationibus relicta ea ſint, & ſive connectantur orationes per verba repetitionem præcedentis qvalitatis inducentia, qvalia ſunt Hoc Amplius, Item, Praeterea, &c. ſive minus, *l.38. §.4. de hered. inſt. l.12.§.ult. de leg.1. l.54. l.69. de leg.3. l.70. l.81. l.108. de cond. & dem. l.18. de cond. inſt. l 17.§.f. de dol. mal. except.* Galganett. *p.2.c.1.q.18.* Diſſentit prolixè Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.16.* Fallit tamen hæc adſertio (1) qvando conditio priori legato inutiliter adjecta eſt, qvod fit in caſu *l.47. de cond. & dem.* (2) qvando prius ſub titulo vel inſtitutionis vel legati relictum ad irritum recidit exemplo *l.104. §.pon. de leg.1.* Tùm enim omiſſâ conditione prius adjecta legatum purè relictum cenſetur.

XXVII. Et hæc qvidem procedunt, qvando uni alicui plura legata relicta ita fuerint. Diverſum videtur eſſe, qvando idem legatum prius ſub conditione, deinde purè ſcribitur, tùm enim noviſſima ſcriptura attendenda *l.87. l.89. de cond. & dem. l.51. l.81. §.7. de leg.1.* Diverſum qvoqve eſt, qvando pluribus perſonis, ſive unâ eâdemq;, ſive diverſis orationibus aliqvid relictum fuerit, tum enim conditio uni tantum adjecta ad alteram perſonam conjunctam non pertinet *l.81. de cond. & dem. l. 89. §.2. de leg.2.* utut in eâdem re conjunctæ illæ fuerint. Hic ergò identitas rei non facit, ut propter conditionem

adjectam & defectam plures unà ab legato arceantur perſonæ; illîc identitas perſonæ non obſtat, qvo minus in diverſis rebus ex intervallo relictis conditio repetita cenſeatur. Vid. Galganett. *p.2.c.1.qv.13.* M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.17. n.75.*

XXVIII. Repetitur inſuper in translatione legati, ita ut ſi legatum alicui ſub conditione relictũ fuerit, & ad aliũ deinde transferatur, ſub eâdem conditione transferri cenſeatur *l.95. de cond. & dem. l.24. de adim. leg.* Cùm enim in translatione idem legatum ſemper maneat, nec qvalitatem ſemel acceptam exuat, non poteſt non cum conditione, ſub qvâ relictum antehac fuit, transire. Excipitur tamen caſus, qvando conditio priori perſonæ cohæret *dd. ll.* ut ſi fortè legetur Uxori in caſum, ſi liberi fuerint ſublati, aut pictori ſub conditione, ſi hoc vel illud pinxerit. Tùm enim qvia conditio in legatario primo qs. radicata eſt, non præſumitur Teſtator eâdem conditione poſteriorem legatarium onerare voluiſſe. Galganett. *p.2.c.1. quæſt.104.* Peregrin. *de fideicomm. art.17.n.95.*

XXIX. In ſubſtitutionibus hoc obſervatur, ut conditio inſtitutioni adjecta nunqvam cenſeatur repetita in ſubſtitutione *l.73. de hered. inſt.* Videtur enim conditio ſolius inſtituti causâ adjecta, imò ut conſulatur ſubſtituto. Prodeſſe igitur, non nocere huic debet. Et qvia ſubſtitutio non in hereditate tantùm, ſed etiam in legatis locum habet, *l.50. de leg. 1. l.un.§.7. C. de cad. toll.* utiqve in his qvoq; idem jus erit. Nec enim qvia in translatione legatorum conditio ſemel adſcripta repetita cenſetur, hîc qvoqve repetita cenſeri debet, qvandoqvidem illîc non aliud, ſed idem prorſus legatum de perſonâ in perſonam transfertur; hîc verò uti inſtitutio, ſic etiam legatum omniuò aliud in perſonâ ſubſtituti videtur. Galgan. *p.2.c.1.quæſt.12.* Diff. M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.26.n.58.*

XXX. De duobus Teſtamentis ordine ſucceſſivo factis qværitur, utrum conditio adpoſita in primo cenſeatur repetita in ſecundo? Verùm inutilis eſt hæc qvæſtio, nec digna, qvæ prolixiùs examinetur. Rumpitur enim teſtamentum prius per poſterius & cum omnibus ſuis conditionibus, clauſulis, legatis & fideicommiſſis revocatur *§.2. J. de qvib. mod. teſt. inf. l.2. l.16. ff. de injuſt. rupt. l.29. ad SCt. Treb.*

Digitized by Google

Treb. l.27. C.de Teſtam.l.18. de leg.3. Galganett, *p.2.c.1.q.14.* Non ergò repeti ptest, qvod exſpirat.

XXXI. Accuratius poſcit examen qvæſtio, qvæ movetur circa jus adcreſcendi: Utrum res cum onere, an ſine onere adcreſcat collegatariis? ſive: utrum portio unius, cui conditio adſcripta eſt, vacans alteri adcreſcat unà cum illâ conditione? Nos pro deciſione hujus controverſiæ diſpiciendum arbitramur, qvomodo & qvibus verbis eadem res pluribus legata fuerit. Si enim disjunctim id factum, qvod Re tantùm conjunctis contingit, prorſus exſpirat conditio collata in illum, qvi ex taliter conjunctis deficit. Ratio eſt, qvia re tantùm conjuncti ſolidum habent ab initio, & altero non concurrente non vacuatur pars, qvæ deficit, nec alii adcreſcit, ut ejus, qvi primus accepit legatum augere, videatur, ſed apud ipſum, qvi habet, ſolida remanet, nullius concurſu diminuta, imò ideò videtur Teſtator disjunctim hæc reliqviſſe, ut unusqvisq; ſuum onus non alienum agnoſcat, *l.un.§.11.C.de cad. toll.* Si verò conjunctim pluribus relicta fuerit res eadem i.e. vel verbis tantùm: vel verbis ſimul & re conjunctis, tûm pars deficiens reliqvis adcreſcit unà cum conditione & onere. Ratio eſt, qvia tali modo conjuncti partes habuerunt ab initio *l.34.§.9. de leg.1.* eo ipſo igitur, dum conjunctus locum deficientis occupat, partem vacantem non ex perſonâ propriâ, ſed ex perſonâ deficientis capit, & proinde eodem jure uti debet, *d.l.un.§.11.C.de cad. toll.* Nec verò conqveri de eo poteſt tali modo conjunctus, cum non invito ipſi adcreſcat portio deficiens, ſed liberum ſit eam illicò repudiare *d.§.11.*

XXXII. Qvoniam autem hoc liberum non eſt coheredi, poſteaqvam ſemel ex ſuâ parte heres extitit, & deficientium partes ipſi etiam invito tacitè adcreſcunt, *l.38.l.53.§.1.l.55.l.98.de acq. her.* cum ſit abſurdum ejusdem hereditatis partem qvidem agnoſcere, partem verò reſpuere *l.un.§.10.C.de cad.toll.* idcircò hereditas indiſtinctè adcreſcit cum onere; qvò pertinet *l.61.§.1 de leg.2.* niſi fortè onus tale ſit, qvod ex ſententiâ Teſtatoris impleri non poſſit, præterqvam ab illo, cui id injunxit, *d.l.un.§.9.de cad. toll.* Conf. Balduin. *in Juſtinian. p.367.368.*

XXXIII. Sed qværitur adhuc, utrum conditio etiam in pro

Digitized by Google

non ſcriptis tranſeat ad conjunctum, nec ne? De hereditate id affirmandum exiſtimamus, *l. un. §. 10. C. de cad. toll.* Sic enim in ipsâ, tanqvam jure univerſali ſuſtinetur onus, utpote qvod hereditati potiùs qvam perſonæ impoſitum videtur. Siqvidem hereditas repræſentat perſonam defuncti & vicem perſonæ ſuſtinet, in qvâ conditio interim fundari poſſit *l. 24. de novat.* qvemadmodum ſtipulatio ſervi facta heredi futuro ſuſtinetur interim in hereditate jacente *l. 28. § 4. l. 35. de ſtip. ſerv.* De legatis autem qvæſtio neganda videtur *l. un. §. 3. & 9. C. de cad. toll.* qvia nulla ibi perſona, in qvâ fundetur conditio. Qvando ergò principalis cauſa non conſiſtit, plerumqve nec ea qvidem, qvæ ſeqvuntur, locum habent, *l. 178. de R. J.* neqve capi poteſt ex perſonâ illius, in cujus perſonâ legatum nunqvam conſiſtit, cum non entis nullæ ſint qvalitates, nullæ affectiones. Vid. Gerhard. *de Teſtam. diſput. 7. n. 47. 48. 49.* M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art. 16. & n. 80. 81.*

XXXIV. In contractibus hoc obſervandum eſt, acceſſorium ſemper imitari & induere naturam principalis. Itaqve ſi durior ſit & gravior contractus acceſſouius, ut prorſus non valet, uti fit in fidejuſſione, qvando reus ſub conditione, fidejuſſor purè promiſit, tùm enim non poteſt conditio ex principali contractu in acceſſorio repetita cenſeri, ut per exiſtentiam conditionis fidejuſſio valere incipiat *l. 16. §. 2. de fideiuſſ. §. 5. J. eod.* aut valet tantùm ex naturâ & ad modum principii ſui, ex qvo ſubſtantiam accipit, qvod fieri ſolet in ſtipulationibus, qvando ſolutio ſimul in extraneam perſonam confertur. Tùm enim ſi mihi ſub conditione aut Titio purè ſtipulatus fuero, inutilis erat tota ſtipulatio, niſi in meam perſonam collata conditio extiterit, ſcil. niſi qvoad me vim acceperit obligatio, adjectio nihil poteſt valere. *l. f. §. 7. de V. O.* adeòqve tùm conditio repetita qvaſi cenſebitur.

XXXV. De hoc verò conveniunt Dd. conditiones in tractatibus & præfationibus conceptas repetitas cenſeri in contractu deinceps ſubſecuto, per *l. 134. §. 1. de V. O. l. 4. §. fin. de pact.* Verum ad hoc reqviri videtur, ut tractatûs illi non ex intervallo deſinant in contractum, ſed eum immediatè ſibi ſubſeqventem habeant, aliàs enim receſſiſſe videntur partes ab eo, qvod prius inter ipſas actum fuit. *arg. l. 60. §. 6. ff. locat.* XXXVI.

Digitized by Google

XXXVI. Altera diviſio conditionis deſumitur ab origine ſeu fonte, ex qvo in actum deduci & exiſtentiam ſuam acqvirere ſolet. Sic enim alia ſimplex eſt, alia mixta. Simplex vel Poteſtativa tantùm, vel caſualis tantùm. *l.un.* §.7. C. *de cad. toll.* Poteſtativa eſt, qvæ in poteſtate hominis implere debentis conſiſtit & tum à voluntate, tùm à potentiâ ipſius aut facultate pendet, *l. 60. de condit. & dem.* Et hæc vocatur aliàs promiſcua *l. 11. eod.* VEL qvia nulla ferè eſt poteſtativa, qvæ non poſſit eſſe etiam non poteſtativa *l. 4. §. 1. de hered. inſt.* caſualis autem qvæ eſt, non poſſit eſſe poteſtativa, uti habet Cucjaius *l. 14. obſ. c. 2.* VEL qvia, qvoties volumus, promiſcuè & indifferenter fieri poſſit, uti habet Donell. *8. c. 33. N.* Confer Galganett. *p. 1. c. 2. n. 28.*

XXXVI. Caſualis (aliàs conditio *ut qvid* optingat *l. 60. de condit. & dem.*) eſt, cujus eventus ex fortunâ & caſu dependet, ut: ſi navis ex Aſiâ redierit, ſi fulſerit cras, ſi tonuerit, ſi Titius factus fuerit Conſul.

XXXVIII. Mixta eſt, cujus impletio partim à voluntate hominis partim à caſu dependet. ut: ſi Titio reverſo ab hoſtibus decem dederit. ſi Titio conſule Capitolium adſcenderit, ſi Filius in patriam redierit. *l. 4. C. de inſtit. & ſubſt.* Galganett. *p. 1. c. 2. n. 15. 16. 17.* Goedd. *de ſtip. c. 8. n 44.*

XXXIX. Sed ne qvid diſſimulem, ægrè licet interdum diſtingvere conditionem mixtam à ſimplici poteſtativâ. Sic enim evenire ſolet, ut qvæ nunc poteſtativa eſt, alio tempore degeneret in caſualem, qvatenus nimirum tale qvid accidit, qvod totam onerari poteſtatem & facultatem intervertit, & conditionem ipſi prorſus eripit. Nec tamen deſinemus eam interim appellare poteſtativam, qvoad incertum fuerit de tali caſu, utrum extiturus ſit an minus. Simul ac verò contigerit, utiqve ridiculus erit, qvi poteſtativam ampliùs appellare vellet, qvæ poteſtatem omnem ſuperat, & ex ipſius ſphærâ prorſus egreſſa eſt.

XL. Poteſtativa conditio rurſus vel tota voluntati ipſi ineſt v. g. SI VOLUERIS; vel tota non ineſt, ſed extrinſecum aliqvod inſuper reſpicit. Illa intrinſeca, hæc extrinſeca non malè vocari poteſt. Et de hâc qvidem nolumus nunc prolixi eſſe, cùm ad lubi-

Digitized by Google

tum Teſtatoris & contrahentium qvibuscunq; perſonis injungi poſſit, ita ut uniformiter ferè æſtimetur, ſive in heredem, ſive in Legatarium aut contrahentium alterutrum, ſive etiam in tertium aliqvem collata fuerit. De illâ verò non licet judicare ex nudâ & ſimplici conditionis formâ, ſed ad perſonam qvoqve, cui injuncta ea eſt, habendus eſt reſpectus, ita ut complexè tota conditionis natura cum perſonâ, in qvâ ſubſtantiam accipit, concipienda & æſtimanda ſit.

XLI. Cumqve creberrimè in jure noſtro occurrant verba illa Si Volueris, qvibus abſolvi & ſignificari conditionem poteſtativam intrinſecam diximus, opere pretium erit, paulò penitiùs ea introſpicere, & ex ipſis juris textibus examinare. Sic enim fiet, ut certis qvaſi limitibus, totum illud, qvod in tàm vaſto JCtorum armario diffuſum eſt, circumſcribatur.

XLII. In Teſtamentis ea adſcribuntur vel heredi, vel Legatario, vel tertio alicui. Et heredi qvidem vel in ipsâ inſtitutione, ut: Titius, ſi voluerit heres eſto, vel in ſcriptione legati aut fideicommiſſi ab herede præſtandi, puta: Titius heres meus, ſi voluerit, Sejo centum dato. *Priori* caſu iterum diſtingvendum eſt, utrum heres ſit voluntarius, an neceſſarius. Si *illud*, fruſtra adduntur & planè ſupervacanea ſunt, cùm etſi non fuerint addita, invitus non efficiatur heres *l. 12. de cond inſt. l. 69. de hered. inſt.* Si *hoc*, tùm conditionem faciunt, ut ſi nolit, heres non exiſtat *d. l. 12.* & ſic ex neceſſario voluntarium facit. Duaren. *ad tit de cond. inſt. p. 416.* Gerhard. vel potiùs Dn. Parens meus *diſp. 4. de Teſtam. n. 33.* *Poſteriori* caſu, qvia tùm honorantis perſonam ſuſtinet heres, inutiliter in ipſius voluntatem confertur præſtatio legati vel fideicommiſſi, *l. 7. §. 1. de reb. dub.*

XLIII. Intereſt tamen hoc ultimo caſu, utrum in ſimplicem & abſolutam heredis voluntatem conferatur legatum, an verò reſtrictam qvadantenus & limitatam. Illud fit per verba: Si Voluerit, uti diximus, & inutiliter fit, ideò qvia in legatis præſtandis heres adſtringendus eſt, ut ex neceſſitate debere incipiat, & ad dandum vel faciendum cogi poſſit. Hoc verò qvanqvam etiam fiat per verba voluntati heredis actum deferentia, ſunt tamen ea utplurimum ejus qvalitatis, ut qvodammodo infringant & cohibeant plenam ejus libertatem, ut diverſo reſpectu velle & non velle dici

poſſit.

poſſit. Atqve ſic non negabimus, relinqvi poſſe legatum, & ſubſiſtere. Sufficit autem in genere ad actum determinatum adſtringi heredem, ut verò qvoad circumſtantias loci, temporis, & perſonarum omnis ipſi libertas adimatur, non eſt neceſſe.

XLIV. Valet igitur legatum: *Heres, cum volueris, decem Titio dato.* Hoc enim temporis tantum tractum in ſe continet, qvamdiu ſcilicet vivit is, à qvo relictum eſt, & vivo eo utiqve peti neqvit, ne adimatur ipſi facultas tempore ſibi commodo & opportuno ſolvendi *l.11.§.6.l.41.§.pen.de leg.3.* Ita valet legatum, *ſi heres fuerit arbitratus, ſi putaverit, ſi æſtimaverit, ſi utile ipſi fuerit viſum vel videbitur.* Non enim plenum voluntatis arbitrium heredi relinqvitur, uti infra dicemus, ſed qvaſi Viro bono commiſſum relictum *d.l.11.§.7. de leg. 3. l. 75. pr. de leg.1.* Conf. *l.7.§.1.de reb. dub.* Galganett. *p.1. c.62. & 71.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. ad tit. de cond. & dem. n.5.*

XLV. Legatario qvando adſcribuntur verba SI VOLUERIT (puta; *illi, ſi volet, Stichum lego*) conditionale faciunt legatum *l.65.§.1. de leg.1.* & qvia legatarius ſemper honoratus creditur, utiqve in ipſius etiam meram & liberrimam voluntatem conferri legatum poteſt. Qvanqvam autem omni legato tacitè hanc conditionem, *ſi voluerit* ineſſe non diffiteamur, cùm ille, cui certo actu aliqvid qværitur, invitus ad id accipiendum cogi neqveat; negamus tamen omne legatum propterea conditionale eſſe, aut idem prorſus jus manere, ſive ea verba exprimantur, ſive minus. Sæpenumero enim mutatur rei effectus, qvanqvam id expreſſerit Teſtator, qvod etſi non feciſſet, ineſſet tamen *l. 47. de cond. & dem. l. 68. de hered. inſt.* Atqve ideò non aliter ad heredem legatarii pertinebit tale legatum, ubi conditio expreſſa eſt, qvàm ſi ipſe legatarius voluerit ad ſe pertinere, *l.69. de condit. & dem.* i. e. ſi declaraverit voluntatem ſuam, cùm aliàs, qvod ſine tali adjectione legatum eſt, ad heredem legatarii transmittatur. *l.75. de leg.1.* Ratio diverſitatis eſt, qvia tacitæ hujus conditionis, SI VOLET, hic ſenſus eſt, ne prius legatum perfectè fiat legatarii, anteqvam voluerit, ut nondum agnitum poſſit repudiare; poteſtate verò juris jam ab initio acqviritur etiam ignoranti, ita ut qvandocunqve ſtatuerit ſe velle, non ex eo, ſed ab initio ejus fuiſſe videatur, *l.77.§.3.l.80.de leg.2.* Adjectæ autem & expreſſæ ſenſus eſt, ne ali-

ne aliter ejus fiat, qvam ſi voluerit. Duaren. *ad l.3. de leg.1.* Donel. *8.c. 32.& c.15.A.B.*

XLVI. Tertio alicui verba iſta SI VOLUERIT, expreſsè adſcripta (ut: ſi Titius voluerit, Sejus heres eſto) prorſus inutilem reddunt diſpoſitionem. Ratio eſt, qvia teſtamentorum jura ipſa per ſe firma eſſe oportet ex alieno arbitrio pendere *l.32. de hered. inſt.* Dixi, ſi expreſsè adſcripta fuerint. Aliud eſt, ſi tacitè contineantur. Unde non inutilis eſt inſtitutio aut legatum ſub conditione, *ſi Titius Capitolium adſcenderit*, utut in ipſius voluntate hoc poſitum fuerit, utrum aſcendere velit an minus *l.63. de condit.& dem. l.68. de hered.inſt.* In tali enim conditione factum exprimitur & attenditur, non voluntas, qvæ à facto ſeparatur. Impletur enim conditio eo ipſo, dum Titius adſcendit, etſi proteſtatus fuerit, ſe non adſcendiſſe animo implendæ conditionis, imò etſi ignoret, in ſuam perſonam conditionem hanc ſcriptam, & è contrario non poteſt dici impleta conditio, ſi ipſum factum non acceſſerit, etſi qvàm maximè voluerit Titius adſcendere. Vid. Donell. & ad eum Hilliger *8. comm.15.D.* Pac. *6.q.8.* Duaren. *ad tit. de cond. inſt. p.415.* Arum. *diſp.18.n.11.* M. Anton. Peregrin. *de fideic. art.33. n.65. ſeq.*

XLVII. A verbis, SI VOLUERIT, differunt, uti jam ſupra dictum, verba, *ſi fuerit arbitratus, ſi putaverit, ſi æſtimaverit, ſi utile ipſi viſum fuerit, vel videbitur, &c.* Iſta enim omnia in tertii perſonam ſcribi utiliter poſſunt, nec vitiant inſtitutionem aut legatum *l.11. §.7. de leg.3. l.75. pr. de leg.1.* Ratio eſt, qvia non plenum arbitrium voluntatis dant, ſed qvaſi Viro bono commiſſum *d.l.11. §.7.* Æqvitatem enim magis qvæſivit teſtator in æſtimando legato, qvàm perſonæ voluntatem. Imò in ultimis voluntatibus talis ſcriptura pro conditionali haberi neqvit per *l.1.§.1. de leg.2.* Vid. Donell. *d.l.* Hottom. *amic. reſp.1.c.5.* cum arbitrium illud pro Viro boni arbitrio tantùm accipiatur, legatumqve debetur cujusvis boni Viri arbitrio, etiamſi ille arbitratus non fuerit, *l.43. de leg.3.* Non enim præſumitur teſtator adjeciſſe hoc arbitrium differendæ obligationis, ſed ſolutionis potiùs causâ, ut ea rectè & bonâ fide ſeqvatur.

XLVIII. Diverſum accidit in contractibus, in qvibus arbitrium limitatur & ad perſonam reſtrictum eſt, ita ut illam tantùm arbitrari

Digitized by Google

trari oporteat, non aliam *l.ult. C. de contr. empt. l.25. pr ff locat. l.75. pro ſoc. §.1. J de empt. vend.* Tùm enim arbitrium boni viri nod abſolutè ſumitur, ſed ita, ut ſtatum & modum obligationis conſtituat. Goedd. *de ſtip. c.8. n.170.* Galganett. *p.2. c 1. q. 95.*

XLIX. Aliàs autem qvando de promittente qværitur, utrum valeat ſtipulatio in ipſius liberam voluntatem collata, v. g. Si volueris, decem dare promittis? rectè reſpondetur non valere, nec naſci inde obligationem, *l 17. l.46. §. f. de V.O.* Non enim poteſt promiſſio conſiſtere, qvæ ex voluntate promittentis ſtatum capit. *l. 108. de V.O. l.7. de contr. empt. l.13. C. eod.* & utiq; tùm demum firma eſt obligatio, qvando propter eam cogi poteſt promiſſor ad ſolutionem. Vid. Goedd. *de ſtip. c.7 n.149.*

L. Cæterùm diſtinctio inter conditionem caſualem, poteſtativam & mixtam maximè neceſſaria eſt & inſignem præbet uſum in materiâ inſtitutionis. Nec enim omnes ſub omni conditione inſtitui poſſunt, ſiqvidem nec liberè inſtituuntur omnes; ſed uti qvidam neceſſariò inſtituendi ſunt, ita non poſſunt aliter, niſi ſub tali conditione, qvæ inſtitutionem non vitiet, & ex eventu inanem reddat. Nos totam hanc doctrinam ſeqventibus regulis exhibemus.

LI. Regula I. *Filiusfamilias non poteſt ſub aliâ conditione inſtitui, qvam qvæ eſt poteſtativa, & tali qvidem, qvæ ab eo de facili impleri poteſt, l. 4. l.86. de hered. inſt. l.15. l.28. de condit. inſtitut. l.83. de condit. & demonſtr. l.4. C. de inſtitut. & ſubſt.* etiamſi fortaſsè ultimo vitæ momento impleri neqveat *l.4. l.5. l. fin. de cond. inſt.* Duaren. *ad h. t. c.6. p.420.* Ratio regulæ eſt, qvia ſi ſub aliâ, caſuali nempe aut mixtâ conditione inſtituatur, deficiente eâ contra leges præteritus reperiretur, Magnif. Dn. Carpzov. *p.3. c.9. d.18.* qvin imò, qvia hoc pacto nec inſtitutus verè, nec exheredatus dici poteſt, non expectato eventu illicò pro præterito habebitur, *§. 12. J. de her. qvæ ab int. def.* Et proinde talis conditio totam inſtitutionem & teſtamentum vitiat, niſi ſub contrariâ conditione exhæredatio facta ſit *d. l. 4. C. de inſt. & ſubſt. l.86. ff. de her. inſt.* Tunc enim in omnem eventum vel inſtitutum, ſi conditio exiſtat, vel ſi deficiat, exheredatum ſe reperit.

LII. Nec movet, qvod ratio adducta etiam in poteſtativâ conditione locum habere videatur, ſi nempe adimplere eam filius noluerit.

fuerit, Tùm enim filius ipſe in culpâ eſt, qvi qvoad eam implere poteſt, qvaſi purè inſtitutus cenſetur, *l.1. §. 8. ſi qvis omiſ. cauſ.* ſi non implet, videtur tacitè paternam hereditatem repudiare *l. 13. ff. de legat præſt.* qvâ ratione conditio non tàm deficit, qvàm omittitur.

LIII. Qvæ autem ſit talis poteſtativa conditio, qvæ de facili impleri poteſt, facti eſſe pronunciat Ulpianus *l. 4. de her. inſtit.* Circumſtantiis enim variantibus eadem conditio modo facilè, modo difficulter impleri poterit *d.l. 4. & l. 28. de condit. inſt. l. 4. C. de inſt. & ſubſt.* Tota res ad judicis arbitrium ſpectat.

LIV. Qvando igitur filius ita ſub poteſtivâ conditione inſtitutus eſt, duplex inde oritur effectus, 1. ratione filii, qvem conditio ex herede neceſſario facit voluntarium, ut absqve beneficio Prætoris nòn parendo conditioni abſtinere poſſit *arg. l. 12. de condit. inſt.* 2. ratione Patris teſtatoris, qvod eum inteſtatum non faciat *l. 4. de hered. inſt.* niſi fortè filius ſolus ſub tali conditione absqve ſubſtituto aut coherede inſtitutus ſit, & conditioni parere nolit. Sed tùm intereſt, utrum conditio ultimo vitæ ſpiritu impleri poſſit, an minus. Illic enim nec ipſe filius Patri, nec heredes ejus avo ab inteſtato, ſuccedere poſſunt, eò qvod ab illo, qvamdiu vivit conditio adhuc impleri poteſt; ad hos verò hereditas nondum ad filium devoluta transmitti neqveat. Hic verò qvia certum eſt, conditionem impleri non poſſe, teſtamentum deficit, & ſic filius tanqvam proximior, ut ſuus ab inteſtato ſuccedit, *d.l. 4. & l. 5. de hered. inſt. l. fin. de condit. inſt. l. 16. de lib. & poſth.* Vid. elegantiſſimè & ſubtiliter indagantem hæc Franzk. *ad L. Gallus diſputat. 5. m. 1. ſ. 2. n. 29. 30. ſeqq.* Aliâs autem qvando filius coheredem vel ſubſtitutum habet, utut filius parere conditioni nolit, tamen Pater inteſtatus deceſſiſſe adhuc dici neqvit. *d.l. 4. de her. inſt.*

LV. Regula II. *Filia iure veteri ſub omni conditione inſtitui poterat, arg. l. 4. de hered. inſt.* Ratio eſt, qvia eam inter cœteros exheredare, imò planè præterire impunè licebat, *pr. J. de exher. lib. 4. C. de lib. præt. Jure novo,* qvia ampliùs præteriri non poteſt, *per d. l. 4. in f. C. de lib. præt. §. 5. J. de exher. lib. non poteſt ſub aliâ inſtitui conditione; qvam qvæ eſt poteſtativa.* Præteritio enim ſicubi ea locum habet, vera cauſa eſt, qvare ſub omni conditione inſtituere liceat.

LVI.

LVI. Regula III. *Nepotes actu ſui iure veteri ſub omni conditione inſtitui poterant l.4. de hered. inſt. l.1.§.8. de ſuis & leg.* Ratio eadem, qvæ ſupra, qvia impunè præteriri poterant. *Hodie*, qvia præteriri amplius non poſſunt, *nec ſub omni conditione, ſed poteſtativâ tantùm inſtituere eos licet*, per ſupra allegatos textûs.

LVII. Regula IV. *Nepotes potentiâ ſui ante Legem Vellejam non niſi ſub poteſtativâ conditione inſtitui poterant.* Qvia enim teſtamenti ruptio metuenda erat, non licèbat eos ita impunè præterire. *Poſt L. Vellejam ſub omni conditione rectè inſtituantur l.6.§.1. de hered. inſtit.* Sed qvid hîc *ſub omni*? Annè ergò præterire eos impunè licet, ita ut teſtamentum rumpi neqveat per eorum qvaſi agnationem? Non videtur. Optimè ſolidiſſimus Franzkius id vocabulum accipit, de generibus ſingulorum, non de ſingulis generum, ita ut ſub omni qvidem conditione, tàm poteſtativâ qvàm caſuali nepos Vellejanus inſtitui poſſit, ſed non ſub omni caſuali. Sufficit ergò unicum tantum caſualis conditionis exemplum, qvod eſt, *ſi talis nepos avo ſuus fiat.* Sub tali enim conditione anteà inutiliter inſtituebatur. Poſt L. Vellejam autem ex ſpeciali ratione id permiſſum eſt, qvia licet defecerit conditio, non ità tamen, ut filius, præteritus & dici & ob hoc teſtamentum annullare poteſt. Qvippe præterito tali nepote teſtamentum ab initio ſubſiſtit, & non niſi ejus ſucceſſione in locum ſui rumpitur, qvæ ſi nulla ſit, nepoti qvoqve injuria nulla infertur, metus teſtatori nullus ſuboritur.

LVIII. Exiſtimo tamen poſſe tales nepotes potentiâ ſuos etiam ſub caſuali conditione inſtitui, perinde ut poſthumos, de qvibus id aſſerit *l.28. & l.24. de lib. & poſth.* modò ante horum nativitatem & illorum ſucceſſionem in locum ſui conditio purificetur. Qvia enim totalis & mera præteritio ante agnationem & qvaſi agnationem non rumpit teſtamentum, neqve conditionata rumpet. Sed rumpit tùm demum, qvando poſteà naſcitur poſthumus, & in locum ſui ſuccedit nepos, nec conditio purificata eſt.

LIX. Illud adhuc addendum eſt, legitimâ liberis, uti integram, ſic etiam liberam ſine ullo onere reliqvi debere. Cumqve utplurimum onus ſit conditio, utiq; ſi talis eſt, & per eam filius in legitimâ grava-

gravatur, pro non ſcriptâ habenda eſt & omninò rejicitur *l.32. l.36. §.cum autem C. de inoff. teſt.* Sed de totâ hâc materiâ nemo accuratiùs ſcripſit præter Magnif. Dn. Franzk. *ad L. Gallus diſp.5.n.1.ſ.2.& 3.* per qvem multum me profeciſſe, non unis vicibus profitebor. Ei add. Joh. Bapt. Coſta *de rat. Rat. q.140.n.10.* Galganett. *p 2.c.1. q 26.* Duaren. *ad tit. de cond inſt.p.414.* Donell. *L.6.c.12.* Andr. Gerhard. *diſp.3.de Teſtam.th.52.53.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. ad tit. de cond.inſt.n.5.* Dn. Hahn. *ibid.p.280. 281.* Anton. Gabriel. *de Legit. lib.6. concluſ.1.*

LX. Tertia conditionum diviſio (niſi malis hanc ſecundo loco ſtare, & qvam ſecundam nuper fecimus, pro ſubdiviſione hujus habere, qvod ipſum ferè nunc malumus) deſumpta eſt à potentiâ exiſtendi & non exiſtendi, tùm ratione initii, tùm ratione eventûs ſpectatâ, imò videtur qvodammodo fluere ex primo contradictionis principio entis & non entis. Sic enim conditio alia eſt poſſibilis, alia impoſſibilis. *Poſſibilis*, qvæ impleri poteſt, cuiqve non repugnat ſive natura, ſive facultas hominis, qvo minus exiſtat. *Impoſſibilis* eſt, qvæ planè impleri neqvit, qvæqve eo ipſo, dum impoſſibilis eſt, ſui exiſtentiam impedit.

LXI. Hæc vel eſt ſimpliciter talis, vel ſecundum qvid. Illa omnibus in univerſum hominibus & totæ naturæ impoſſibilis eſt. Hæc aliqvibus tantùm ob difficultatem. ἄλλο τὸ πάντη ἀδύνατον, καὶ ἄλλο τὸ τινὶ ἀδύνατον, uti habetur in Reſponſione ſeptimâ ad objecta de reſurrectione in Juſtini operibus.

LXII. Simpliciter impoſſibilis iterum vel naturâ talis eſt, cui ſcil. natura impedimento eſt, qvo minus exiſtat, veluti, ſi qvis ita ſtipulatus fuerit: *Si digito cœlum attigero, dare ſpondes?* *§.11. J. de inut. ſtip. l.6. inf. de cond. & dem.* vel jure talis, cui ſcil. jus, pietas, exiſtimatio, verecundia, boni mores impedimento ſunt, *l.9. l.14. l.15. de condit. inſt.* Et hæc aliò nomine dicitur turpis, impoſſibilis autem propterea, qvia eo ipſo, dum implere eam non licet, exiſtere non poteſt.

LXIII. Verumenim verò difficile interdum eſt judicare, honeſtumne factu qvid ſit an turpe, & in eo conſiderando ſæpè animi in contrarias ſententias diſtrahuntur, fatente Cicerone *l.1 de offic.* Videntur enim turpitudinis qvidam veluti gradûs, qvibus efficitur, ut ægrè interdum diſcernantur confinia inter turpe & honeſtum, utqve vix

Digitized by Google

vix turpe videatur, qvod non usqve adeò enormiter tale eſt. Sanè contra jus qvi facere qvid juſſus eſt, eum impoſſibile qvid juſſum eſſe diximus. At ſi jus iſtud poſitivum fuerit, neſcio ſanè, utut impoſſibile illud dicatur, an idem ſi perpetretur, illicò turpè dicendum ſit. Plurimùm hîc valet, & ſibi vindicat opinio hominum, & ferè ex moribus gentium æſtimatur honeſtum aut turpe. Qvicqvid ſit, hoc certum eſt, propriè impoſſibile non eſſe, qvod turpe eſt, conſeqventer ſubdiviſionem iſtam potiùs æqvivocata explicare, qvàm verè dividere.

LXIV. Porrò ad impoſſibiles conditiones referuntur à qvibusdam etiam illæ, qvæ perplexitatem qvandam involvunt, qvando ſcil. ita intricatè loqvitur teſtator, & inter ſe nectit planè incompatibilia, ut qvid verè ſenſerit aut non ſenſerit, nullibi appareat. Elegans hujus rei exemplum eſt in *l.16. de cond. inſt.* nec minus elegans & paulò etiam ſubtilius in *l.88.ad L.Falcid.* de qvo vid. Duaren. *p.566.* Qvocunqve enim te verteś, totundiqve tricas & perplexitates invenies, ut ex verborum involucris emergere, & qvid tandem verè ſtatuendum ſit, convenire tecum vix poſſis.

LXV. Cæterùm impoſſibiles conditiones qvoad externam ſui formam vel affirmativè vel negativè conceptæ ſunt, ita, ut vel in faciendo vel in non faciendo conſiſtant §.11. *J. de inut. ſtip. l.7. de V.O.* Qvanqvam enim hæc qvalitas etiam aliis conditionibus, qvæ impoſſibiles non ſunt, inſit §. 4. *J de V.O.* qvandoqvidem omnes per modum propoſitionis, qvæ ſemper vel affirmativa vel negativa eſt, concipiantur; Nullibi tamen tantas diverſitates invenire licet, qvantas in his ipſis, de qvibus nunc agimus, impoſſibilibus, ut mox ad oculum patebit.

LXVI. Qvibus ita ſufficienter explicatis breviter etiam uſum hujus diviſionis exponemus, eumqve in ſeqventibus regulis. I. *Conditio ſimpliciter & naturâ impoſſibilis, quæ negativè concepta eſt, & in non faciendo conſiſtit, non vitiat nec ſuſpendit actum, & perinde habetur, ac ſi adpoſita non fuiſſet, tàm in contractibus. qvàm ultimis voluntatibus. §.10. J. de hered. inſt. §.11. J. de inut. ſtip. l.7. de V.O. l.50. §.1. de hered. inſt.* Ratio eſt, qvia conditio iſta ſemper eſt præſens & neceſſaria. Si enim im-

 poſſibile

poſſibile eſt facere aliqvid, neceſſe eſt non facere. Ariſt. *de interpr. c. 13.* Goedd. *de ſtip. c. 8. n. 191.*

LXVII. Regula II. *Conditio ſimpliciter & naturâ impoſſibilis, qvæ affirmativè concipitur, aut in faciendo conſiſtit, non vitiat ultimam voluntatem; ſed vitiatur & pro nullâ habetur. l. 3. de cond. & dem.* (ibi: *obtinuit, &c.* poſt longas ut videtur altercationes, cùm anteà jus adeò certum hâc de re non eſſet, uti in contractibus, conf. *l. 50. §. 1. de hered. inſt.*) *l. 16. in f. de iniuſt. rupt l. 1. de condit. inſtit.* Gothofred. *ad d. l. 3.* Moller. *l. 5. Semeſtr. diff. 3.* Galganett. *p. 1. c. 2. n. 7. 9.* Ratio eſt, qvia præſumitur Teſtator voluiſſe potiùs, ut firma maneat ultima voluntas, qvàm, ut attendatur conditio à ſe mortis cogitatione perturbato *l. 1. C. qui teſt. fac. poſſ.* adſcripta, nec credendus eſt qvisqvam genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua judicia *l. 3. de teſt. mil.* Conjecturis nempe hîc nituntur leges. Cum enim ſecundum inſtitutionis verba duæ contrariæ conjecturæ voluntatis inducantur, una, qvaſi voluerit teſtator conditionem expectari, altera, qvaſi voluerit ſcriptum heredem eſſe; in dubio eligitur illa, qvæ benignior eſt, h. e. qvæ ultimam voluntatem ſuſtinet, Donel, *6. c. 18.* Subſiſtit igitur diſpoſitio ſub conditione impoſſibili, etiamſi Teſtator eam poſſibilem eſſe putaverit, *l. 104. §. 1. de leg. 1. l. 39. §. 4. de ſtatu lib.* Siqvidem ut plurimùm plenius interpretamur ultimas voluntates, qvàm contractûs. Duaren. *ad tit. de condit. c. 4. p. 412.* Aliud autem eſt, cum impoſſibilitas non eſt in conditione, ſed in reipſâ, qvæ relinqvitur, tùm enim talis diſpoſitio corruit & prorſus nulla eſt. Exempla habes *§. fin. J. de leg. l. 39. §. 8. 9. 10. de leg. 1.* Vid. M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art. 11. n 116.*

LXVIII. Regula III. *Conditio ſimpliciter & naturâ impoſſibilis, qvæ affirmativè concipitur aut in faciendo conſiſtit, ſi contractui adiiciatur, vitiat illum & nullum reddit. §. 11. J. de inut. ſtip. l. 31. de O. & A. l. 7. de V. O.* Ratio eſt, qvia jus præſumit contrahentes advertiſſe impoſſibilitatem conditionis & procul dubio talem cogitationem habuiſſe, ut nihil agi exiſtiment, adpoſitâ eâ conditione, qvam ſciant eſſe impoſſibilem *d. l. 31. de O. & A.* Conditionis enim ea vis eſt, ut nihil omninò debeatur, priusqvam illa extiterit. Atqvi impoſſibilis conditio exiſtere non poteſt. Habetur itaqve ejusmodi contractus pro

non

Digitized by Google

non celebrato. Sed & in oneribus qvemq; qvam minimo fieri poteſt, onerari, nec ultra, qvam verba efficiunt, obligari velle probabile eſt. Potuiſſet nimirum qvi contrahit, præcavere, ne conditio illa impoſſibilis adjiceretur, ſiqvidem contractus mutuo conſenſu conciliantur, qvod non eſt in ultimis voluntatibus. Vultej. *ad § 3. J. de her. inſt.* Conf. Galganet. *p. 2. c. 1. q. 83. 84.* Arum. *exerc. 8. n. 4.* Moller. *l. 5. ſemeſtr. diſſ. 3.* Goedd. *de ſtip. c. 8. n. 173. ſeq.*

LXIX. Regula IV. *Conditio lege impoſſibilis non vitiat teſtamentum, l. 9. l. 14. de cond. inſt. l. 5. C. de inſt. & ſubſt. l. 112. §. pen & ult. de leg. 1.* Ratio eadem, qvæ ſupra reg. 2.

LXX. Regula V. *Conditio lege impoſſibilis vitiat contractum, eumque nullum reddit, l. 137. § 6 de V. O. l. 26. eod.* Ratio eadem, qvæ ſupra reg. 3.

LXXI. Regula VI. *Conditio propter circumſtantiam impoſſibilis, quæ aliàs difficilis dicitur, non vitiat teſtamentum nec contractum, ſed nec ipſa vitiatur, verùm eodem iure, quo aliàs quævis conditio honeſta ſubſiſtit. l. 137. §. 4. de V. O. l. 4. § 1. de ſtatu lib.* Ratio eſt, qvia talis conditio ſi non ab hoc, ab alio tamen impleri poteſt, atqve ſic in genere extra circumſtantias individuatas conſiderata poſſibilis potiùs dicenda eſt, qvàm impoſſibilis. Ignoraſſe autem præſumitur Teſtator qvalitatem illius, in qvem collata eſt conditio, aut credidiſſe ſaltem, conditionem ab eo impleri poſſe. Promiſſor verò ſibi imputet, qvod conſenſerit in conditionem ſibi difficilem & impoſſibilem. Unde valet legatum & ſtipulatio ſub conditione: *ſi Doctor renunciatus fueris.* Vid. Galganett. *p. 1. c. 2. n. 10.* Cujac. 21. *obſ. 39.* Dn. Hahn. *ad tit. de cond. inſt. p. 280.*

LXXII. Regula VII. *Conditio, quæ impoſſibilitatem perplexitatis, ut vocant, inducit, ipſam inutilem reddit diſpoſitionem. l. 16. de cond. inſt.* Ratio eſt, qvia tali conditioni inſtitutio repugnat, & teſtamentum hoc ſeipſum evertit. Id qvod exemplo dictæ legis manifeſtum evadit, qvod eſt tale: *Si Titius heres erit, Seius heres eſto. Si Seius heres erit Titius heres eſto.* Duæ enim hic ſunt conditiones poſſibiles qvidem in ſe ſeparatim conſideratæ, ſed qvarum conjunctio eventum reddit planè impoſſibilem, cum ſibi invicem ſint impedimento. Utramvis tollas, altera eſt retinenda, qvia poterit exiſtere, ſed qvia par eſt

Digitized by Google

utriusqve ratio, non apparet, utra vel tolli vel retineri debeat. Pac. *cent 4. q.* 13. cum nec conditio, ſub qvâ inſtitutio facta eſt, præcedere poſſit ſuæ diſpoſitionis effectum. Sejus enim heres eſſe jubetur, ſi Titius heres fuerit, unde ſi petat Sejus à Titio, ut hereditatem adeat, poterit ſe Titius excuſare, qvia adire prius non poſſit, qvàm ipſe Sejus heres fuerit, Duaren. *ad tit. de cond. inſtit. c. 4. p.* 412. Galganett. *p.* 1. *c.* 2. *n.* 14. Cujac. *ad l.* 9. *de V.O.*

LXXIII. Anteqvam verò hinc abeamus, operæ precium facturos nos confidimus, ſi ſpecies qvasdam conditionum lege impoſſibilium aut illicitarum accuratiùs penſitemus, & eas præſertim, qvæ ſubtilius turpitudinem involvunt, qvæqve, ut dignoſcantur, ſingulari attentione opus habent. Talem primo loco ſe offert conditio *captatoria*, qvando ſcil. conditio in ſecretum alienæ voluntatis de hereditate in futurum conferenda confertur *l.* 70. *de her. inſt.* i. e. qvando conditio confertur eò, ut judicium mutuum ſupremæ voluntatis heredi ſcripto vel alteri auferat. clariùs: *Captatoria conditio eſt qvaſi illecebra qvædam ad captandam hereditatem inſtituti vel alterius ſibi vel alii.* Donell. *6. comm.* 19.

LXXIV. Conſiſtit ea in duobus, (1.) ut ſit in futurum concepta, (2.) ut ſit de hereditate obtinendâ heredis vel alterius. Ubi notandum, occultè interdum ſubeſſe conditionem, nec primâ ſtatim facie apparere, qvalis eſt e. g. *ex qvâ parte Titius me inſtituet, ex eâ parte Mævius heres eſto.* Demonſtratio enim ex futuro ſumpta habet conditionem *l. 6. de leg.* 1. Secus ſi in præteritum concepta fuerit inſtitutio, ut: *ex qvâ parte Titius me inſtituit, &c. l.* 71. *l.* 81. §. 1. *de hered. inſt.* cum præſumatur remunerandi gratiâ talis inſtitutio facta, qvæ proinde non eſt captatoria, nec illicita, *l.* 70. *de hered. inſt.* Etſi enim prior fortè Teſtator hoc animo fuerit, ut ſimulatâ liberalitate provocet heredem inſtitutum, tamen ſi conditio expreſſis verbis adſcripta non fuit, utut poſterior eam in præteritum conceptam in ſuo teſtamento ſcripſerit, neutra inſtitutio captatoria eſt. Gerhard. *diſp.* 3. *de teſtam. n.* 55. 56. Sed qvæ verè captatoria eſt, h. e. viſcata qvaſi & hamata, & ex hâc cauſâ ſit, ut ſuo exemplo provocatus inſtitutus, aliusve, in qvem captatio directa eſt, idem faciat, turpis utiqve illa cenſetur & contra honeſtatem, *arg. l.* 2. §. 2. *de vulg. l.* 83. §. 5. *de V.O.* adeòqi

prorſus

Digitized by Google

prorſus inutilis eſt *l.64. de leg.1.* etiam in teſtamento militis *l.11. C. de teſt. mil.* ubi eleganter Gothofredus. Conf. Marc. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.33. n.51. ſeqq.* Dicta bonorum autorum, qvibus vel apertè reprehenditur talis inſtitutio, vel ſatyrico qvodam riſu notatur, hîc non attexemus. Produximus ea alibi. Et de hâc qvidem, qvod turpis ſit, dubium ferè nullum eſt.

LXXV. Sed dubium eſt de alterâ, ad qvam nunc acceſſum facimus, qvando ſcil. legatur Titio ſub conditione *amplexanti religionem pontificiam.* Agitata fuit hæc qvæſtio ineunte hoc ſeculo admodum acriter, & juriſprudentum reſponſa undiqvaqve confluxerunt. Scabini *Magdeburgenſes* eo tempore iſtam pronunciarunt ſententiam, *legatum aut omittendum, aut conditionem implendam eſſe,* referente Jacobo Alemanno *in palaſtr. Conſult. 10.* qvibus ferè adſtipulati ſunt, qvod mirari qvis poſſet, *Ingolſtadienſes & Colonienſes,* poſtqvam illis conditio hæc pauliſper immutata, *ſi Titius Lutheranam religionem amplectetur,* propoſita fuiſſet. Sed enim ſtabimus nos potius ex partibus *VVittebergenſium, Jenenſium, Coburgenſium* & aliorum, qvi talem conditionem *pro turpi adeòqve pro non ſcriptâ* habuerunt & pronunciârunt.

LXXVI. Scilicet religio in ſolo animo conſiſtit, & liberum ſui exercitium qvàm maximè vult, adeòqve ferre vix poteſt, ut ſibi extrinſecus aliqvid admoveatur, qvo concuti aut labefactari ſaltem qveat. Utut autem legatum ſub tali conditione invitatio tantùm dicatur ad religionem pontificiam, certum tamen eſt, conditionem iſtam non multû differre à conditione jurisjurandi, qvam tamen à Prætore reprobatam dicit Ulp. *l.8. de cond. inſt.* Qvin imò longè faciliùs conditionem jurisjurandi admitti poſſe exiſtimamus, qvam conditionem mutandæ religionis. Illa enim, ſi de re honeſtâ juramentum injunctum fuerit, non niſi ex accidente poteſt fieri turpis, qvatenus ſcil. contemtu religionis qvis ideò tantùm jurat, ut relictum conſeqvatur, citra animum exeqvendi aut faciendi id, qvod facturum ſe juravit; Hæc autem ex ſe & ſuâ naturâ videtur turpis. Aut enim *ad veram* religionem legatum illud invitat, aut *ad falſam* & erroneam. Si ad *veram,* & legatarius paret conditioni, eo ipſo peccat & ſimoniam committit, dum ſpe lucri religionem illam

amplexatur; ſi ad *falſam*, duplici nomine peccat, & qvod ad falſam deſciſcat religionem, & qvod ſpe lucri. Cum itaqve ob periculum & incommodum ex conditione jurisjurandi reſultans totam conditionem reprobaverit Prætor *d. l. 8.* ibi: *cum enim faciles ſint nonnulli hominum ad iurandũ contemptu religionis, alii perqvam timidi metu divini numinis usqve ad ſuperſtitionem, ne vel hi vel illi aut conſeqverentur aut perderent qvod relictum eſt, Prætor conſultiſſimè intervenit, &c.* utiqve multo magis, & ob eandem ſaltem rationem conditionem mutandæ religionis rejiciendam eſſe exiſtimarem.

LXXVII. Nec mutat, qvod utraqve religio tam Lutherana qvàm pontificia per *transactionem Paſſavienſem* toleretur, nec turpe ſit, eſſe Pontificium, imò qvod ab unâ religionis profeſſione ad alteram liberè permittatur tranſitus, absqve honoris & bonorum jacturâ. Vid. Anton. Benbellona de Godentiis (*vel potius Bartholomæus Gericius, uti apud Hortleder. l. 1. c. 37. f. 558.*) *de pace relig. paſſim.* Concedamus enim nunc illa, ſed qvid faciunt ad noſtram hanc controverſiam? Tranſeat enim verò qvis ad religionem alteram, ſi qvidem bonâ conſcientiâ tranſire ſe poſſe putet, an ſi dubitet, aut ſe non poſſe illæsâ conſcientia tranſire certus ſit, illicò deſtituatur beneficio civili, qvod ipſi ſub conditione tali conceſſum fuit? Diverſa utiqve ſunt per leges publicas conceſſum eſſe, & per conſcientiam licitum eſſe. Nec verò omne, qvod licet, honeſtum eſt. *l. 144. de R. J.* Divortia permiſſa erant legibus Romanis, an ſi ſub conditione *dirimendi matrimonium* fœmina inſtituta fuerit, priùs ea ad hereditatem non admittetur, qvam paruerit conditioni, & à marito diſceſſerit? Neutiqvam. Eſſet enim hoc contra conſtitutionem Valeriani & Gallieni Impp. *l. 5. C. de inſt. & ſubſt.*

LXXVIII. Sed nec volumus turpitudinem conditionis aliter æſtimari, qvàm ex perſonâ Legatarii, aut ejus, in qvem collata eſt iſta conditio. Sic enim fiet, ut reſpectu hujus turpis aliqvando ſit & dicatur conditio, qvæ in ſe & abſolutè conſiderata nullam prorſus videtur continere turpitudinem, aut qvæ etiam ex parte diſponentis turpis dici neqvit. Sanè Pontificium eſſe in ſenſu compoſito fortè non eſt turpe, nec magis turpe, allicere & invitare alios ad papatum, turpe tamen eſt parère invitanti, & ſpe lucri verum Dei cultum deſerere.

ſerere, perqve talem deſertionem atheiſmum qvendam concipere. Iſtiusmodi enim temeraria religionis mutatio plurimum jam atheiſmi ſapit, & inter cauſas iſtius tantum non præcipua eſt. Vid. Gisbert. Voët. *diſp. ſelect. p.128.* Ideoqve & apud gentiles non odio tantùm, ſed extremis etiam ſuppliciis digni habebantur, qvi novum qvid in religione molirentur. de qvo Joh. à Wovvern *in Minut. Felic. Octav. p.116.125.126.* & hiſtoriarum ſcriptores paſſim. Sed pergimus ad alia.

LXXIX. In materiâ *connubiorum* diſqviritur, utrum turpis ſit conditio, & pro non adjectâ haberi debeat, (conjugiis enim eadem hic jura, qvæ teſtamentis) ſi qvis contrahat cum puellâ: *Ducam te, ſi virginem invenero.* Diſtinctione res expedienda nobis videtur. Aut enim iſta conditio refertur ad *periculum copulæ carnalis*, aut ad *actum licitum*, ſcil. ſi virgo inveniaris per inſpectionem matronarum & Obſtetricum. *Illo caſu* pro turpi eam habemus, atqve hinc rejiciendam arbitramur. Qvod ſi verò propter iſtam conditionem mulier virum paſſa jam fuerit, dubium non eſt, per copulam ſubſecutam ſponſalia iſta conditionalia tranſiiſſe jam in matrimoniũ, utpote qvæ conditionem ampliùs ferre neqveunt, ſive virgo ſponſa inventa fuerit, ſive minus, cùm & aliàs copula intercedens conditionem purificet. *c. 6. X. de cond. ad poſ.* Rectiùs tamen eam pro non adjectâ habemus, & inter eas recenſemus, qvæ turpes qvidem ſunt, ſed tamen non contra ſubſtantiam matrimonii, *c. ult. X. eod.* Kitzel. *ſynopſ. matr. c. 4. th. 13.* *Hoc verò caſu* turpis non videtur conditio, ſed ſubſiſtit utiqve, ita, ut ſi virgo inventa non fuerit, matrimonium qvoqve non ſit perficiendum. Galganett. *p.1. c.39.* Contrarius nobis videtur *magni nominis & de totâ Chriſti Eccleſiâ benè meritus Theologus* B. Gerhard. *tom.7. Loc. p. m. 217.* Sed videtur tantùm. Ut autem non ſit, per diſtinctionem traditam nobis cautum eſſe voluimus. *Conf.* Claudius Eſpencæus *in c.2. Ep. ad Tit. p.m.526.*

XXC. Qvid verò, ſi de muliere dicatur, *ita arctam eam eſſe, ut mulier fieri non poſſit*, qvemadmodum loqvitur Ulp. *l. 14. §. 7. de Æd. Ed.* & aliqvis contrahat cum eâ: *Ducam te, ſi mulierem te fecero*, an & tùm ſubſiſtet matrimonium & conditio pro adjecta habebitur? Ita qvidem videtur, ſed tamen qvia conditio hæc ipſam matrimonii ſubſtan-

Digitized by Google

ſubſtantiam concernit, otioſè ea adjecta & planè ſupervacua dici poteſt. Cum eâ enim, qvæ mulier fieri non poteſt, etſi conditio expreſsè adjecta non fuerit, matrimonium non ſubſiſtit *arg. c. ult. X. de ſponſ. & matr.* Error namqve circa habilitatem reqviſitam ad eſſentiam matrimonii, vitiat & tollit eſſentiam matrimonii Cum igitur non ſolo conſenſu, (niſi qvoad fidem conjugalem) ſed etiam copulâ perficiatur eſſentia matrimonii, non poterit ſanè illud ſubſiſtere, qvando ſeqvi non poteſt copula ex qvâcunqve cauſâ negativâ. Vid. *Preceptor noſter* Dn. D. Hülſemann. *c.21. Breviar. n. 6.*

XXCI. Plura hîc non minus jucunda agitari à nobis poſſent, niſi ea tractatui potiùs ſcribendo, qvam diſputationi inſervirent. Tempus jam eſt, ut de *effectibus* conditionum videamus. Qvos tamen omnes hîc recenſere fortaſsè minus commodum. Cui commodum fuerit, inveniet pleroſq, apud Galganett. *p. 1. c. 8.* Nobis nunc ſufficiat unicum tantùm eumqve præcipuum breviter conſiderare. Is eſt, *qvod conditio totum negotium interim ſuſpendat*, donec implementum & exiſtentia illius ſeqvatur *l. 8. l. 37. l. 38. l. 39. de R. C. l. 79. de cond. & dem.* Conditio enim eſt velut cauſa ipſius actûs, qvâ ceſſante ipſum pariter ceſſare oportet. Joh. Bapt. Coſta *Diſt. 64. aut ſcrib. aut ignorab. in ſubiect. conſult. n. 17.* Andr. ab Exea *de pact. n. 409.* Ideoq; conditio nihil ponit ineſſe, anteqvam fuerit impleta. Magnif. Dn. Carpzov. *p. 1. c. 3. d. 3. & c. 11. d. 3.* Galganett. *p. 1. c. 8 n. 3. 4 5. 6.* Dubium tamen eſt, utrum *actio* tantùm, an verò *obligatio* etiam tota interim ſuſpenſa dici debeat, adqve adeò num ſubſtantia negotii tota interim in pendenti hæreat? Nos, qvicqvid etiam alii dicant, id *affirmamus*, moti inprimis eo, qvod pendente conditione nihil qvicqvam deberi dicatur. *l. 13. §. pen. de pign. l. 19. de conſt. pec. l. 16. §. pen. de fidej. l. 36. in f. de R. C.* imò qvod neqve inceperit deberi, & exiſtente demum conditione deberi incipiat, *l. 213. de V. S. l. 41. de condit. & dem.* qvod incertum ſit, utrum debiturus ſit, qvi ſub conditione promiſit, pendente conditione *l. 116. de V. O.* qvod contractus nondum ſit perfectus *l. 43. §. pen. de Æd. ed.* qvod emptio pendente conditione non ſit perfecta, etiamſi res tradita & precium ſolutum ſit *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* Conf. hîc Franzk *ad t. de contr. empt. n. 284.* qvod ex conditionali ſtipulatione tantùm ſpes ſit debitum iri, & qvod diffe-

ratur

Digitized by Google

ratur obligatio, *§.4. de V. O.* imò qvod detur condictio indebiti, ſi ante conditionem impletam ſolutum qvid fuerit *l. 16. l. 18. de cond. ind.* Vid. Goedd. *de ſtip. c. 9. n. 169. ſeq.* Qvæ omnia hoc ſaltem evincunt, obligationem propter conditionis eventum dubium nondum eſſe natam, ſed adhuc qvaſi latére in ſuis cauſis.

XXCII. Sed enim & hîc peculiare qvid obſervamus in materiâ contractuum, qvod non admittunt ultimæ voluntates. Diximus, in negotiis conditionalibus totum actum ſuſpendi, nec interim adeſſe aut natam eſſe obligationem. Rectè. Sed adeſt tamen in contractibus ſub conditione celebratis interim aliqvid, qvod negotium qvodammodo vivificat & ſuſtentat. Vid. Magnif. Dn. Carpzov. *p. 3. c. 9. d. 18. n. 3.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 27. th. 6. lit. D.* Goedd. *de ſtip. c. 9. n. 175.* Concedimus obligationem nondum eſſe *natam*. Sed qvid ſi *conceptam* interim dicamus? Non aberrabimus, propter *l. 78. de V. O. l. 26. de ſtip. ſerv.* qvæ aliàs graviter obſtare videntur. Hæc enim conceptio jus qvoddã ſuppeditat, anteqvam perfecta naſcatur obligatio, & facit, ut contrahentiũ alter invito altero pœnitere neqveat, & ut ille cui ſub conditione debetur, interim, licet minus propriè dicatur Creditor, *l. 42. pr. §. 1. de O. & A. junct. l. 54. de V. S.* utqve interim in ſtipulatoris bonis annumeretur tantum, qvanti ſpes obligationis venire poſſit. *l. 73. §. 1. ad L. Falcid.* Petr. Coſtal. *ad l. 11. qvi pot. in pign.* Anton. Rondanelus apud Joh. Bapt. Zilet. *tom. 2. conſ. crim. conſ. 21. n. 7. 8. 9. &c.* Hillig. *in Donell. 16. c. 11. E.* Pac. *cent. 7. q. 36.*

XXCIII. Econtrario Legata conditionalia demùm à tempore conditionis exiſtentis vires accipiunt *l. un. §. 7. C. de cad. toll.* & nihil qvicqvam intereà ſubeſt, à qvo fomentum legato accedere poſſet, ut proinde nec creditor dicatur legatarius pendente conditione, *d. l. 42. de O. & A.* Qvin ſi moriatur legatarius, priusqvam conditio impleta fuerit, ne ſpem qvidem ad ſucceſſores ſuos transmittit, qvam tamen transmittit contrahens, *§. 4. J. de V. O.*

XXCIV. Ex qvo intelligere licet, qvæ cauſa ſit, *qvod legatum ſervo vel filiofam. ſub conditione relictum non debeatur domino aut patri*, ſi pendente conditione ſervus manumittatur, filius emancipetur, & tùm demum conditio exiſtat, *l. 5. C. de cond. inſt.* cùm tamen ſtipulatio conditionalis patri dominove acqviratur, licet conditio ſtatu

Digitized by Google

ſtipulantis mutato evenerit, *l. 78. de V. O.* Nempe concepta jam eſt tempore factæ ſtipulationis, & mediante illâ ſtipulatione qvædam obligatio, qvæ tum temporis non filio aut ſervo, ſed Patri ac domino acqviſita fuit. Vox filii enim vox Patris eſt, vox ſervi vox domini § *4. & §. 13. J. de inut. ſtip.* atqve ideò qvodcunqve ſtipulatur is, qvi in alterius poteſtate eſt, pro eo eſt, ac ſi ipſe, cujus in poteſtate eſt, eſſet ſtipulatus *l. 45. de V. O.* ſiqvidem omnis ſervi aut filii poteſtas, domini aut patris eſt *l. 40. de ſtip. ſerv.* Qvia ergò in ſtipulationibus id tempus ſpectatur, qvo contrahimus, *d. l. 78. de V. O.* & verò filiusf. aut ſervus, dum ſtipulatur, ſibi ipſi nihil acqvirere poteſt, ut maximè velit, aut maximè ſtipulationem in tempus emancipationis aut manumiſſionis conferat, *l. 40. de ſtip. ſerv. l. 146. de R. J.* conſeqvens utiqve eſt mutato ſtipulantis ſtatu, ſicubi conditio extiterit, naſci obligationem, & natam acqviri non ſtipulanti ipſi, ſed illi potiùs, in qvem anteà concepta, & in cujus perſonâ primum terminata fuit.

XXCV. At verò in legatis nullum omninò intervenit factum legatarii, uti ſtipulantis in ſtipulatione, & ne tùm qvidem, qvando acqviritur legatum, exiſtente ſcil. conditione, qvia ignoranti filio obvenit aut ſervo, & per hos patri aut domino, niſi emancipatio aut manumiſſio interceſſerit. Qvoties enim acqviritur per aliqvem, ſive hereditas, ſive legatum, ſi is fuerit in poteſtate, confeſtim acqviritur ei, cujus eſt in poteſtate, neqve momento aliqvo ſubſiſtit in perſonâ ejus, per qvem acqviritur. *l. 79. de acq. hered.* Sed legatum ſub conditione relictum non priùs acqviritur, qvam conditio extiterit, nec ante id tempus qvicqvam invenitur in Legatario ſub poteſtate conſtituto, ex qvo ipſi vel ei, cujus eſt in poteſtate, deberi legatum dici poſſit. Conſeqvens itaqve eſt, ut eo tempore, qvo primum deberi incipit, ad ſolam ſpectet perſonam legatarii, ſi qvidem ſolutus hic intereà fuerit poteſtate. Vid. latiùs Donell. & ad eum Hillig. *l. 9. c. 6. D. E. F. G.* Conf. Cujac. *ad l. 78. de V. O.* Bachov. *ad Trentl. diſput. 27. th. 2. lit. D.* Goedd. *de contr. ſtip. c. 9. n. 168. ſeqqq.*

XXCVI. Cæterùm qvandocunqve impleta eſt conditio, tùm peti poteſt id, qvod ſub conditione promiſſum fuit. Pro eo enim eſt, ac ſi purè contractus celebratus, aut hereditas vel legatum reli-

ctum

ctum eſſet, *l. 26. de condit. inſtit.* Niſi fortè præter conditionem *dies* etiam adjectus eſt, tùm enim non ſufficit conditionem impletam eſſe, ſed dies etiam prætereat neceſſe eſt. *l. 146. de R. J.* Videtur tamen hoc procedere tantùm in conditionibus affirmativè conceptis. In negativis diverſitas qvædam occurrit. Aut enim conditio collata eſt in perſonam & voluntatem promiſſoris, & dies adjectus efficit, ut ſit conditionalis pariter & in diem obligatio, ita ut præter conditionem exiſtentem etiam diei exiſtentia reqviratur, nec ante diem agi poſſit *l. 8. de V. O.* aut collata eſt in caſum vel perſonam extranei, ac ſtipulatio committitur non expectato die, qvandoqvidem ille in gratiam promiſſoris adjectus non fuit. *l. 10. eod.* Vid. Donell. *15. c. 8. B.* Dn. Ludvvel. *diſp. 12. th. 4. lit. e.* Hottom. *amic. reſp. l. 2. c. 22.* Goedd. *de ſtip. c. 8. n. 166.* Pac. *7. q. 26.* Arum. *exerc. 33. n. 8.* Bachov. *in Tr. diſp. 27. th. 6. lit. G.*

XXCVII. Diximus hactenus, qvomodo conditio ſuſpendat actum & negotium, ſive ſola, ſive unà cum die, qvando diem adjunctum habet. Qvia verò voluntas ejus, qvi conditionem dixit, hæc fuiſſe præſumitur, ut non in perpetuum ſuſpendat, ſed impleatur aliqvando conditio & ſibi ſatisfiat, utqve tùm demum, qvando impleta ea fuerit, effectum habeat diſpoſitio *l. 41. l. 44. de cond. & dem. l. 63. §. 7. ad SCt. Treb. l. 14. de fideicomm. lib. l. 10. de V. O. l. 26. de condit. inſt.* ante omnia diſpiciendum hîc erit de ipſâ *impletione*, & qvid reqviratur, ut impleta dici aut pro impletâ haberi poſſit conditio.

XXCVIII. Ut autem diſtinctiùs progrediamur, tres faciemus ordines conditionum, ita ut in *primo* ſtatuamus eas, qvæ qvidem à lege, ut impleantur, non prohibitæ omninò, ſed tamen in gratiam vel boni publici, vel ipſius gravati remiſſæ & ejus arbitrio relictæ ſunt. in *ſecundo* eas, qvas implere neceſſariò oportet, qvæqve ſi non impleantur, totam annihilant diſpoſitionum in *tertio* eas, qvæ impleri qvidem debuiſſent, ſed ob certas intervenientes circumſtantias impleri non potuêrunt, & tamen pro impletis habentur. De ſingulis agemus paulò prolixiùs.

XXCIX. Ad primum ordinem referimus I. conditionem, SI NON NUPSERIT. Cùm enim Romani conjugiorum ſobolisqve magnam ſemper haberent curam, & non ſolùm ignominiâ, ſed pœ-

nis etiam cœlibatum coërcerent, ferre ſanè non poterant, ut privatorum diſpoſitionibus ſacræ Leges connubiales infirmarentur & qvaſi refigerentur. Qvia autem in teſtamentis hereditas vel legata ſub conditione cœlibatûs non rarò relicta inveniebantur, & verò conditio iſta turpis dici non poterat, nec cœlibatus etiam manifeſtè prohibitus erat, novâ utiqve opus erat lege, qvæ etiam deinceps, poſt *Juliam* ſive *Julias*, promulgata, & *Papia* dicta fuit. Vid. inpri. Lipſ. *in Tacit. l. 3. ann. p. 144. ſeq.* Jacob. Gothofred. & alii *ad L. Papiam*. Sic igitur in eâ lege inter alia conditio, *ſi non nupſerit*, remittebatur, ut legataria ad legatum admitteretur, & conditio in effectu pro non ſcripta haberetur. Lex ea poſtmodùm per *L. Jul. Miſcellam* temperata, à Juſtiniano in effectu revocata, ſed brevi poſt denuò interpolata fuit, qvod ex *l. 2. C. de ind. vid. toll. & Novell. 22. c. 43.* eruditè docet Magnif. Dn. Franzk. 1. *reſol. 15. n. 15. 16. ſeq.*

XC. Sive igitur nubſerit, ſive non nubſerit legataria, acqvirit ea, & confeſtim admittitur ad legatum, *l. 22. l. 62. §. f. l. 72 §. 5. de cond. & dem. l. 65. §. 1. ad SCt. Treb.* imò ad legatum admittitur, etſi non directè, ſed obliqvè tantùm & ex conſeqventi viduitas injuncta appareat, ut *ſi qva iubeatur nubere Titio, cui tamen honeſtè nubere non poſſit*, nam & cæteris omnibus nubere prohibetur & ſoli Titio, cui tamen nubere honeſtè non poteſt, nubere jubetur *l. 63. de cond. & demonſtr.* aut ſi *arbitratu alterius* nubere qvædam jubeatur, *l. 72. §. 4. eod.*

XCI. Excepti tamen ſunt certi caſûs, qvibus implenda eſt conditio, ut (1) ſi ad certum tempus, v. g. *qvamdiu liberi impuberes*, prohibita fuiſſet nubere *d. l. 52. §. ult. l. 72. §. 5. de condit. & dem.* vel ſi *certæ perſonæ* aut *certo in loco* nubere vetita fuiſſet *l. 53. & ſeq. eod.* Tum enim valet conditio, niſi fortè qvæ certæ perſonæ nubere prohibita eſt, alii commodè nubere neqveat. *d. l. 64.* Unde patet, non infirmari teſtamentum, qvo uxor inſtituitur ſub conditione, *ſi Doctori aut literato non nupſerit.* Qvod enim de perſonâ ſingulari & individuâ diximus, idem illud de certo hominum ordine intelligendum venit. Galganett. *p. 1. c. 10. n. 6.* (2) qvando ſervi uſusfructus mulieri *ſub conditione viduitatis* legatus, *eâ autem nubente, ipſe ſervus liber eſſe juſſus fuerit*; tùm, qvando mulier nubit, liber erit, qvia potior eſt legato libertas, *l. 96. §. 1. h. t.* (3) jure novellarum conditio *ſi non nubſerit*, ho-

diè

diè valet; qvando à marito uxori injungitur, ita ut vel à ſecundis nuptiis vel à relicto abſtinere eam oporteat. *Nov. 22. c. 43. 44.* Vid. Cujac. *ad tit. C. de ind. vid. & ad Nov. 22.* Ar. Pinell. *ad l. 24. C. de bon. mat. n. 17.* Galganett. *p. 1. c. 8. 9. 10. 11.* Ang. Matthеас. *l. 3. de legat. c. 25.* Donell. *8. c. 32. lit. J. K. L.* Anton. Peregrin. *de fideicomm. art. 11. n. 115.* Juſt. Meyer. *en Colleg. Argent. p. 449.* & ante omnes Dn. Franzk. *1. Reſol. 15.*

XCII. Qvæ de *fœminis* hactenus diximus, etiam ad *maſculos* extendere licet. In his enim eadem ratio, idem jus, *d. Nov. 22. c. 44. l. 79. inf. de cond. & dem. l. 3. C. de ind. vid.* Cæterùm qvando legatum fuit alicui ſub conditione, ſi Titia, tertia videlicet perſona, non nubſerit, ſubſiſtit utiqve conditio, & ejus implementum expectandum eſt, qvo deficiente etiam legatum peti neqvit *l. 1. C. de ind. vid.* Nec enim per talem conditionem mulieri viduitas injungitur, niſi ad ipſam qvoqve legatum iſtud fideicommiſſi nomine pertineat, tùm enim cùm nupſerit, ſtatim petere poteſt fideicommiſſum, & ob hoc legatarius legatum. *l. 77. §. 2. de cond. & dem.* Qvod ſi verò perſona iſta tertia non fuerit extranea, ſed per poteſtatem illi, in qvam conditio viduitatis collata eſt, juncta, tùm non obſtante conditione legatum perinde ut ſupra ſtatim peti poteſt, conditio autem in fraudem legis ad impediendas nuptias ſcripta præſumitur. *l. 79. §. f. de cond. & dem.* Unicum hoc addamus, conditionem viduitatis, ſicubi ea locum habet, non deficere per & propter ſola ſponſalia, ſed neceſſum eſt, ut matrimonum plenum & perfectum fiat, qvemadmodum nec tutela liberorum propter ſola ſponſalia amittitur. Joh. Bapt. Coſta *de facti ſcient. & ignor. inſpect. 11 n. 7.*

XCIII Ad primum ordinem referimus II. *Conditionem* JURISJURANDI, qvæ ipſa etiam per ſe turpis non eſt, qvanqvam ex accidenti turpitudinem aliqvam induere poſſit, juxta *l. 20 de cond & dem. l. 29 §. 2. de teſt mil.* propter hanc ipſam tamen rationem, qvia ex accidenti turpis fieri, & vel contemptum religionis, vel nimiam ſuperſtitionem inducere poteſt, à Prætore reprobatur, & gravato remittitur. *l 8. de cond inſt.* Remittitur inqvam, ſed ſola conditio jurisjurandi, non etiam id, qvod in conditione eſt, qvod facere aut dare juſſus eſt. *d. l. 8. & l. 26. eod.* Qvod ſi verò qvis beneficio hoc re-

 miſſio-

miſſionis uti nolit, ſed ſponte juramentum præſtiterit, utiqve id non improbabit Prætor *l.62. de acq. her. l.97. de cond. & demonſtr.* Hillig. *in Donell. 8.c.32. M.* Duaren. *ad tit. de cond. & inſtit. p.413.* Excipitur tamen caſus, ſi qvis libertatem ſub jurisjurandi conditione reliqverit, ſervus id, qvod ſe daturum jurare debet, anteqvam liber ſit, dare neqveat, tùm enim non remittitur jusjurandum *l.12. l.36. de manu teſt.* Cujac. 5. *obſ.*1. Qvin imò generatim non remitti videtur conditio jurandi, qvoties remittendo fiet, ne relictum qværi poſſit. In tali enim legato, *Titius decem capito, ſi iuraverit, ſe, ubi heres iuſſerit, Romam iturum*, neſcio an non ſpecificè per juramentum impleri debeat conditio, aut certè non prius ad Legatum admittetur Titius, qvàm heres juſſerit.

XCIV. In conventionibus diverſa res eſt. Qvando enim, qvis Titio ſtipulanti decem promiſerit ſub conditione, ſi juraverit, ſe Romam iturum, utiqve juramentum exigi poteſt, *arg. l.6. C. commun. utr. iud. l.39. ff. de iureiur.* Ratio, qvia excuſatur is, cui teſtator onus jurisjurandi injunxit, qvam excuſationem non meretur is, qvi ſponte ſuâ contraxit, & ſciens prudens onus jurisjurandi ſuſcepit. Cujac. 5. *obſ.* 1. Pac. 3. *q.86.*

XCV. Ad primum ordinem referimus III. Conditionem NOMINIS FERENDI. Crebra erat apud Romanos olim nominis non tantùm mutatio, ſed etiam novi ad priſtinum aſſumtio præſertim in adoptionibus & manumiſſionibus. Græci, qvod notat Panvinius de nom. Rom. unico nomine contenti erant, ut *Platonis, Ariſtotelis, Demoſthenis, Miltiadis, Themiſtoclis, &c.* Romani erant *πολυώνυμοι*, nam & *nomine* familiæ ut Cornelii, Julii &c. dicebantur & *prænomine* diſtinguebantur, ut Caii Publii, Lucii dicti, & *cognomine* notabantur Scipionis, Sullæ, Cæſaris: & *agnomine* Cretici, Africani, &c. honorabantur. *An verò liceat vel olim licuerit Chriſtianis nomen ſuum immutare aut novum adſciſcere*, vid. eruditè diſſerentem Richardum Montacutium *Orig. Eccleſ. lib.1. p.107. ſeq.* Qværitur igitur, *ſi qvis ſub conditione nominis ferendi inſtitutus ſit, utrum nomen neceſſariò aſſumere & conditionem adimplere opus habeat, ſi qvidem ad hereditatem admitti velit?* & reſpondetur ex *l.63. §.10. ad SCt. Treb.* exigi qvidem condi-

tionem

tionem à Prætore; ſed remitti tamen, ſi recuſet inſtitutus nomen ferre. Conf. *l.6. eod.*

XCVI. Ad primum ordinem referimus IV. Conditionales qvasdam *ineptas & ridiculas*. Sed, ne qvid diſſimulem, eas ut huc referremus, vix à nobis impetravimus & diu ancipites hîc ſubſtitimus. Qvasdam enim earum tàm propè à turpitudine abeſſe exiſtimamus, ut ſi qvis per illas bonis moribus vim qvandam inferri dixerit, nos non inveniat moroſè repugnantes. Tales ſunt, ſi qvis veſtes aut alia ſupervacua in funus impendi & ſecū condi voluerit, *l.113. §. ult. de leg. 1. l. 14. §. 5. de religioſ. l. fin. §. ult. de aur. leg.* aut ſi qvis reliqvias ſuas ab herede in mare abjici velit, *l.27. de cond. inſt.* qvale qvid reperitur apud Ovid. *l. 5. Faſtor.* de qvo tamen vid. Marq. Freher. *1. Parerg. 26.* Sed tamen referre eas in hunc ordinem interim libuit. Adhuc enim easdem pro turpibus non habemus, dicimus tamen rectius eas intermitti, utut implere non invitâ fortaſsè jurisprudentiâ easdem liceat. Vid. Don. *8. c. 32. lit. O.*

XCVII. Sic fuit primus ordo. In *ſecundo* nobis cenſentur omnes illæ conditiones, qvæ, cùm potuiſſent impleri, ſi non impleantur aut exiſtant, totum negotium, cui formam largiuntur, caducum & infectum relinqvunt. Sed qvia hîc ampliſſimus dicendi campus occurrit, ut ne extra metas vagemur, iſtos nobis nunc præſcribimus cancellos, ut (1.) *tempus*, qvando, (2.) *modum*, qvo, & (3.) *perſonas*, à qvibus impleri oporteat conditiones, explicemus. His enim capitibus abſolvi poſſe totum illud, qvod Dd. communiter hîc tradere ſolent, exiſtimamus.

XCVII. Primum ut accuratius explicetur, ex ſuperioribus repetendum, conditiones 1. eſſe *vel caſuales vel poteſtativas vel mixtas*, 2. eſſe *vel affirmativas vel negativas*: & ſuper addendum 3. eſſe *vel certo tempore limitatas vel non limitatas*. Qvibus præſuppoſitis & notatis eſto Regula I. *Conditio qualiscunq; ad certum tempus reſtricta intra illud tempus impleri debet, l.41. §.12. de fideicomm. lib. l. 11. §. 1. de leg. 2.* Qvod enim ad certum tempus permittitur, poſt illud prohibitum cenſetur *arg. l.23. de recept. arb.* Magnif. Dn. Carpzov. *p. 2. c. 1. d. 8. & 9.* Ratio eſt, qvia hîc dominatur voluntas, ſive defuncti, ſive contrahentis, eaqve regit conditiones *l. 19. de cond. & demonſtr.* Utrum autem impletâ

pletâ conditione ante tempus agi poſſit ad conſeqvendum id, qvod in conditione fuit, antevertimus dicere ſupr. n. XXCVI.

XCIX. Regula II. *Conditionem affirmativam & poteſtativam nullo tempore circumſcriptam, ſi inſtitutioni fuerit adiecta, qvocunq; tempore implere licet, etiam in articulo mortis l. 4. l. 5. de her. inſt l. ult. de condit. inſt.* Solent nimirum heredes, dum onera ſibi ſubeunda cogitant, trahere interim conditiones, ut ne præmaturâ impletione ſibi ipſis incommodum creent. Nec id qvidem ipſis non licet. Utut enim heres extraneus, etiam impletâ conditione, ſub qvâ inſtitutus fuit, omittere hereditatem adhuc poſſit *l. 1. §. 1. de cond. cauſ. dat. l. 13. de cond. inſt.* (qvod non poteſt ſuus, qvi implendo conditionem non poteſt abſtinere, ſed ſtatim eſt heres neceſſarius *l. 86. de her. inſt. l. 5. de cond & dem.*) & eâ omiſſâ repetere, qvod dedit, *l. 65. § 3. de condit. indeb.* niſi fortaſsè ut heres conditionem impleverit. *l. 62. de acq. hered.* qvod qvando præſumendum, vid. Donell. *7. c. 8. L M. N.* Galganett. *p. 2. c. 1. q. 52.* tamen qvia, ſi *faciendum* fuerit in conditione, id ſemel factum revocari neqvit, ſi *dandum* qvid, inutilius retinetur, qvam datum repetitur, *l. 5. de compenſ.* noluérunt jura certi temporis determinatione heredum voluntates conſtringere, & ſaniora ipſorum conſilia intervertere. Qvod ſi verò res ita flagitet, ſolet non rarò à magiſtratu certum decerni tempus, intra qvod conditionem impleri neceſſe ſit, qvod ipſum tamen pro ratione circumſtantiarum ſubinde variat. *l. 23. §. 1. de hered. inſt. l. 4. de reb. aut iud. poſſ l. 1. de cur. bon dand.* Vid. Duaren. *ad tit. de cond. inſt. p 416.* Hillig. *in* Donell. *l. 8 c. 33. D.* Pac. *3. qv. 91.* Bart. Blarer. *in L. diſſ. im. c. 2. n. 25.*

C. Regula III. *Conditio affirmativa & poteſtativa nullo tempore circumſcripta, ſi legato fuerit adiecta, ſtatim aut qvamprimum poterit, impleri debet. l. 29. de cond. & dem.* Nec enim legatarius deliberatione opus habet, cùm ipſi nunqvam damnoſum futurum ſit legatum, uti qvidem heredi eſſe poteſt hereditas. Et teſtator utiqve qvàm citiſſimè fieri voluiſſe cenſetur, cùm publicè expediat, ſuprema hominum judicia exitum habere. *l. 5. teſtam. qvem. ap.* Illud in genere notandum, conditionem poteſtativam ex ultimâ voluntate impoſitam, non niſi poſt mortem teſtatoris impleri poſſe, imò debere *l. 2. l. 11. §. 1. de cond. & dem.* niſi fortè non tàm, ut teſtamento ſatisfiat, qvàm

Digitized by Google

qvàm ut exiſtat tantùm illud, qvod in conditione eſt, Teſtatoris fuerit votum, qvalis eſt conditio, *ſi nupſerit l. 10. l. 68. eod.* aut niſi Teſtator ſe vivo, vel ipſe in ſe vivo eam impleri velit, qvandoqvidem voluntas ejus præcipuum locum in hâc ſemper habet. *l. 19. l. 91. de cordit. & demonſtr.*

CI. Regula IV. *Conditio affirmativa & poteſtativa nullo tempore circumſcripta ſi contractui adiiciatur, qvocunq; tempore impleri poteſt. arg. l. 99. de V. O.* Sive enim talis conditio in arbitrium & voluntatem *ſtipulatoris* conferatur, utiqve, qvod ille conditionem non implet, fortè non iniqvè feret promiſſor, cùm hâc ratione ad ſolvendum cogi neqveat, unde nec ipſe ſtipulatorem urgebit, ut impleat. Sive in arbitrium & poteſtatem *Promiſſoris*, & tùm ipſum qvoqve tempus in ipſius arbitrio eſſe dicendum eſt,

CII. Regula V. *Conditio caſualis & mixta qvocunq; tempore etiam vivo teſtatore, eo ſæpè ignorante exiſtere poteſt l. 2. l. 10. in f. l. 11. §. 1 l. 91. de cond. & dem.* Qvi enim teſtatus eſt, impleri ſolummodo conditionem & præter ejus exiſtentiam nihil ampliùs ab herede fieri voluit. Qvin imò ſufficit interdum conditionem eventum habuiſſe, utcunqve ſub aliâ cauſarum figurâ iſtum delineaverit teſtator. Clari in hanc rem textùs *l. 11. §. 11. de leg. 3. l. 22. pr. ad SCt. Treb. l. 3. C. de inſt. & ſubſt.* de qvo poſteà.

CIII. Et hæc qvidem de *tempore*, intra qvod conditio qvævis impleri debeat, dicta ſufficiant. Seqvitur nunc ut de *modo* etiam diſpiciamus, cum ex hoc qvoqve non fruſtra æſtimari velit conditio. De eo ſit Regula I. *Conditio poteſtativa animo parendi debet impleri l. 11. § 1. de cond. & dem.* Ideòqve ut paruiſſe qvis conditioni dicatur, etiam ſcire debet, hanc conditionem inſertam, nam ſi caſu aut fato fecerit, non videtur obtemperaſſe voluntati *l. 2. eod.* Præſumitur enim teſtator duo hæc ſimul injunxiſſe, & ut impleatur conditio, & ut animo parendi impleatur Cujac. *tr. ad African. 1.* Qvod ipſum etiam in contractibus, qvin & negotiis civilibus aliis à principe fortè aut magiſtratu præſcriptis procedit, ut conditio poteſtativa non impleta verè dicatur, niſi & à ſciente, & absqve compulſione impleta fuerit. Ita namqve occidens fortuitò & per ignorantiam Bannitum, non habet præmium, qvod occidenti bannitum ex cenſurâ ſtatuti aut edicto principis conſtitutum eſt, nec habebit etiam ille, qvi

 ob ſui

ſubſtantiam concernit , otioſè ea adjecta & planè ſupervacua dici poteſt. Cum eâ enim, qvæ mulier fieri non poteſt, etſi condicio expreſſa adjecta non fuerit, matrimonium non ſubſiſtit *arg. c. ult. X. de ſponſ. & matr.* Error namqve circa habilitatem reqviſitam ad eſſentiam matrimonii, vitiat & tollit eſſentiam matrimonii Cum igitur non ſolo conſenſu, (niſi qvoad fidem conjugalem) ſed etiam copulâ perficiatur eſſentia matrimonii, non poterit ſanè illud ſubſiſtere, qvando ſeqvi non poteſt copula ex qvâcunqve causâ negativâ. Vid. *Præceptor noſter* Dn. D. Hülſemann. *c. 21. Breviar. n. 6.*

XXCI. Plura hîc non minus jucunda agitari à nobis poſſent, niſi ea tractatui potiùs ſcribendo, qvam diſputationi inſervirent. Tempus jam eſt, ut de *effectibus* conditionum videamus. Qvos tamen omnes hîc recenſere fortaſsè minus commodum. Cui commodum fuerit, inveniet pleroſq, apud Galganett. *p. 1. c. 18.* Nobis nunc ſufficiat unicum tantùm eumqve præcipuum breviter conſiderare. Is eſt, *qvod conditio totum negotium interim ſuſpendat*, donec implementum & exiſtentia illius ſeqvatur *l. 8. l. 37. l. 38. l. 39. de R. C. l. 79. de cond. & dem.* Conditio enim eſt velut cauſa ipſius actûs, qvâ ceſſante ipſum pariter ceſſare oportet. Joh. Bapt. Coſta *Diſt. 64. aut ſcrib. aut ignorab. in ſubiect. conſult. n. 17.* Andr. ab Exea *de pact. n. 409.* Ideoq; conditio nihil ponit ineſſe, anteqvam fuerit impleta. Magnif. Dn. Carpzov. *p. 1. c. 3. d. 3. & c. 11. d. 3.* Galganett. *p. 1. c. 8 n. 3. 4 5. 6.* Dubium tamen eſt, utrum *actio* tantùm , an verò *obligatio* etiam tota interim ſuſpenſa dici debeat, adqve adeò num ſubſtantia negotii tota interim in pendenti hæreat? Nos, qvicqvid etiam alii dicant, id *affirmamus*, moti inprimis eo, qvod pendente conditione nihil qvicqvam deberi dicatur. *l. 13. §. pen. de pign. l. 19. de conſt. pec. l. 16. §. pen. de fidej. l. 36. in f. de R. C.* imò qvod neqve inceperit deberi, & exiſtente demum conditione deberi incipiat, *l. 213. de V. S. l. 41. de condit. & dem.* qvod incertum ſit, utrum debiturus ſit, qvi ſub conditione promiſit, pendente conditione *l. 116. de V. O.* qvod contractus nondum ſit perfectus *l. 43. §. pen. de Ædil. ed.* qvod emptio pendente conditione non ſit perfecta, etiamſi res tradita & precium ſolutum ſit *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* Conf. hîc Franzk *ad t. de contr. empt. n. 184.* qvod ex conditionali ſtipulatione tantùm ſpes ſit debitum iri, & qvod differatur

ratur obligatio, §.4. de V.O. imò qvod detur condictio indebiti, ſi ante conditionem impletam ſolutum qvid fuerit l. 16. l. 18. de cond. ind. Vid. Goedd. de ſtip. c.9. n.169. ſeq. Qvæ omnia hoc ſaltem evincunt, obligationem propter conditionis eventum dubium nondum eſſe natam, ſed adhuc qvaſi latere in ſuis cauſis.

XXCII. Sed enim & hîc peculiare qvid obſervamus in materiâ contractuum, qvod non admittunt ultimæ voluntates. Diximus, in negotiis conditionalibus totum actum ſuſpendi, nec interim adeſſe aut natam eſſe obligationem. Rectè. Sed adeſt tamen in contractibus ſub conditione celebratis interim aliqvid, qvod negotium qvodammodo vivificat & ſuſtentat. Vid. Magnif. Dn. Carpzov. p. 3, c.9. d.18. n.3. Bachov. ad Treutl. vol.2. diſp. 27. th. 6. lit. D. Goedd. de ſtip. c.9. n.175. Concedimus obligationem nondum eſſe natam. Sed qvid ſi conceptam interim dicamus? Non aberrabimus, propter l.78. de V.O. l.26. de ſtip. ſerv. qvæ aliàs graviter obſtare videntur. Hæc enim conceptio jus qvoddã ſuppeditat, anteqvam perfecta naſcatur obligatio, & facit, ut contrahentiũ alter invito altero pœnitere neqveat, & ut ille cui ſub conditione debetur, interim, licet minus propriè dicatur Creditor, l.42. pr. §.1. de O. & A. iunct. l.54. de V. S. utqve interim in ſtipulatoris bonis annumeretur tantum, qvanti ſpes obligationis venire poſſit. l.73. §.1. ad L. Falcid. Petr. Coſtal. ad l.11. qvi pot. in pign. Anton. Rondanelus apud Joh. Bapt. Zilet. tom.2. conſ. crim. conſ. 21. n.7. 8. 9. &c. Hillig. in Donell. 16. c.11. E. Pac. cent.7. q.36.

XXCIII. Econtrario Legata conditionalia demùm à tempore conditionis exiſtentis vires accipiunt l. un. §. 7. C. de cad. toll. & nihil qvicqvam intereà ſubeſt, à qvo fomentum legato accedere poſſet, ut proinde nec creditor dicatur legatarius pendente conditione, d.l. 42. de O & A. Qvin ſi moriatur legatarius, priusqvam conditio impleta fuerit, ne ſpem qvidem ad ſucceſſores ſuos transmittit, qvam tamen transmittit contrahens. §.4. J. de V. O.

XXCIV. Ex qvo intelligere licet, qvæ cauſa ſit, *qvod legatum ſervo vel filiofam. ſub conditione relictum non debeatur domino aut patri*, ſi pendente conditione ſervus manumittatur, filius emancipetur, & tùm demum conditio exiſtat, l.5. C. de cond. inſt. cùm tamen ſtipulatio conditionalis patri dominove acqviratur, licet conditio ſtatu

 ſtipu-

ctum eſſet, *l. 26. de condit. inſtit.* Niſi fortè præter conditionem *dies* etiam adjectus eſt, tùm enim non ſufficit conditionem impletam eſſe, ſed dies etiam prætereat neceſſe eſt. *l. 146. de R. J.* Videtur tamen hoc procedere tantùm in conditionibus affirmativè conceptis. In negativis diverſitas qvædam occurrit. Aut enim conditio collata eſt in perſonam & voluntatem promiſſoris, & dies adjectus efficit, ut ſit conditionalis pariter & in diem obligatio, ita ut præter conditionem exiſtentem etiam diei exiſtentia reqviratur, nec ante diem agi poſſit *l. 8. de V. O.* aut collata eſt in caſum vel perſonam extranei, ac ſtipulatio committitur non expectato die, qvandoqvidem ille in gratiam promiſſoris adjectus non fuit. *l. 10. eod.* Vid. Donell. *15. c. 8. B.* Dn. Ludvvel. *diſp. 12. th. 4. lit. e.* Hottom. *amic. reſp. l. 2. c. 21.* Goedd. *de ſtip. c. 8. n. 166.* Pac. *7. q. 26.* Arum. *exerc. 13. n. 8.* Bachov. *in Tr. diſp. 2*. th. 6. lit. G.*

XXCVII. Diximus hactenus, qvomodo conditio ſuſpendat actum & negotium, ſive ſola, ſive unà cum die, qvando diem adjunctum habet. Qvia verò voluntas, ejus, qvi conditionem dixit, hæc fuiſſe præſumitur, ut non in perpetuum ſuſpendat, ſed impleatur aliqvando conditio & ſibi ſatisfiat, utqve tùm demum, qvando impleta ea fuerit, effectum habeat diſpoſitio *l. 41. l. 44. de cond. & dem. l. 63. §. 7. ad SCt. Treb. l. 14. de fideicomm. lib. l. 10. de V. O. l. 26. de condit. inſt.* ante omnia diſpiciendum hîc erit de ipſâ *impletione*, & qvid reqviratur, ut impleta dici aut pro impletâ haberi poſſit conditio.

XXCVIII. Ut autem diſtinctiùs progrediamur, tres faciemus ordines conditionum, ita ut in *prima* ſtatuamus eas, qvæ qvidem à lege, ut impleantur, non prohibitæ omninò, ſed tamen in gratiam vel boni publici, vel ipſius gravati remiſſæ & ejus arbitrio relictæ ſunt. in *ſecundo* eas, qvas implere neceſſariò oportet, qvæqve ſi non impleantur, totam annihilant diſpoſitionem in *tertio* eas, qvæ impleri qvidem debuiſſent, ſed ob certas intervenientes circumſtantias impleri non potuérunt, & tamen pro impletis habentur. De ſingulis agemus paulò prolixiùs.

XXCIX. Ad primum ordinem referimus I. conditionem, SI NON NUPSERIT. Cùm enim Romani conjugiorum ſobolisqve magnam ſemper haberent curam, & non ſolùm ignominiâ, ſed pœ-

nis etiam cœlibatum coërcerent, ferre ſanè non poterant, ut privatorum diſpoſitionibus ſacræ Leges connubiales infirmarentur & qvaſi refigerentur. Qvia autem in teſtamentis hereditas vel legata ſub conditione cœlibatûs non rarò relicta inveniebantur, & verò conditio iſta turpis dici non poterat, nec cœlibatus etiam manifeſtè prohibitus erat, novâ utiqve opus erat lege, qvæ etiam deinceps, poſt *Juliam* ſive *Julias*, promulgata, & *Papia* dicta fuit. Vid. inprim. Lipſ. *in Tacit. l. 3. ann. p. 144. ſeq.* Jacob. Gothofred. & alii *ad L. Papiam.* Sic igitur in eâ lege inter alia conditio, *ſi non nupſerit*, remittebatur, ut legataria ad legatum admitteretur, & conditio in effectu pro non ſcripta haberetur. Lex ea poſtmodùm per *L. Jul. Miſcellam* temperata, à Juſtiniano in effectu revocata, ſed brevi poſt denuò interpolata fuit, qvod ex *l. 2. C. de ind. vid. toll. & Novell. 22. c. 43.* eruditè docet Magnif. Dn. Franzk. 1. *reſol.* 15. *n. 15. 16. ſeq.*

XC. Sive igitur nubſerit, ſive non nubſerit legataria, acqviritea; & confeſtim admittitur ad legatum, *l. 22. l. 62. §. f. l. 72 §. 5. de cond. & dem. l. 65. §. 1. ad SCt. Treb.* imò ad legatum admittitur, etſi non directè, ſed obliqvè tantùm & ex conſeqventi viduitas injuncta appareat, ut *ſi qva iubeatur nubere Titio, cui tamen honeſtè nubere non poſſit,* nam & cæteris omnibus nubere prohibetur & ſoli Titio, cui tamen nubere honeſtè non poteſt, nubere jubetur *l. 63. de cond. & demonſtr.* aut ſi *arbitratu alterius* nubere qvædam jubeatur, *l. 72. §. 4. eod.*

XCI. Excepti tamen ſunt certi caſûs, qvibus implenda eſt conditio, ut (1) ſi ad certum tempus, v. g. *qvamdiu liberi impuberes*, prohibita fuiſſet nubere *d. l. 62. §. ult. l. 72. §. 5. de condit. & dem.* vel ſi *certæ perſonæ* aut *certo in loco* nubere vetita fuiſſet *l. 53. & ſeq. eod.* Tum enim valet conditio, niſi fortè qvæ certæ perſonæ nubere prohibita eſt, alii commodè nubere neqveat. *d. l. 64.* Unde patet, non infirmari teſtamentum, qvo uxor inſtituitur ſub conditione, *ſi Doctori aut literato non nupſerit.* Qvod enim de perſonâ ſingulari & individuâ diximus, idem illud de certo hominum ordine intelligendum venit. Galganett. *p. 1. c. 10. n. 6.* (2) qvando ſervi uſusfructus mulieri *ſub conditione viduitatis* legatus, *eâ autem nubente, ipſe ſervus liber eſſe juſſus fuerit*; tùm, qvando mulier nubit, liber erit, qvia potior eſt legato libertas, *l. 96. §. 1. h. t.* (3) jure novellarum conditio *ſi non nubſerit*, hodiè

diè valet; qvando à marito uxori injungitur, ita ut vel à ſecundis nuptiis vel à relicto abſtinere eam oporteat. *Nov. 22. c. 43. 44.* Vid. Cujac. *ad tit. C. de ind. vid. & ad Nov. 22.* Ar. Pinell. *ad l. 24. C. de bon. mat. n. 17.* Galganett. *p. 1. c. 8. 9. 10. 11.* Ang. Matthеac. *l. 3. de legat. c. 25.* Donell. *8. c. 32. lit. J. K. L.* Anton. Peregrin. *de fideicomm. art. 11. n. 118.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. p. 449.* & ante omnes Dn. Franzk. *1. Reſol. 15.*

XCII. Qvæ de *fœminis* hactenus diximus, etiam ad *maſculos* extendere licet. In his enim eadem ratio, idem jus, *d. Nov. 22. c. 44. l. 79. in f. de cond. & dem. l. 3. C. de ind. vid.* Cæterùm qvando legatum fuit alicui ſub conditione, ſi Titia, tertia videlicet perſona, non nuбerit, ſubſiſtit utiqve conditio, & ejus implementum expectandum eſt, qvo deficiente etiam legatum peti neqvit *l. 1. C. de ind. vid.* Nec enim per talem conditionem mulieri viduitas injungitur, niſi ad ipſam qvoqve legatum iſtud fideicommiſſi nomine pertineat, tùm enim cùm nupſerit, ſtatim petere poteſt fideicommiſſum, & ob hoc legatarius legatum. *l. 77. §. 2. de cond. & dem.* Qvod ſi verò perſona iſta tertia non fuerit extranea, ſed per poteſtatem illi, in qvam conditio viduitatis collata eſt, juncta, tùm non obſtante conditione legatum perinde ut ſupra ſtatim peti poteſt, conditio autem in fraudem legis ad impediendas nuptias ſcripta præſumitur. *l. 79. §. f. de cond. & dem.* Unicum hoc addamus, conditionem viduitatis, ſicubi ea locum habet, non deficere per & propter ſola ſponſalia, ſed neceſſum eſt, ut matrimonum plenum & perfectum fiat, qvemadmodum nec tutela liberorum propter ſola ſponſalia amittitur. Joh. Bapt. Coſta *de factis ſcient. & ignor. inſpect. 11 n. 7.*

XCIII Ad primum ordinem referimus II. *Conditionem* JURISJURANDI, qvæ ipſa etiam per ſe turpis non eſt, qvanqvam ex accidenti turpitudinem aliqvam induere poſſit, juxta *l. 20 de cond & dem. l. 29 §. 2. de teſt mil.* propter hanc ipſam tamen rationem, qvia ex accidenti turpis fieri, & vel contemptum religionis, vel nimiam ſuperſtitionem inducere poteſt, à Prætore reprobatur, & gravato remittitur. *l 8. de cond inſt.* Remittitur inqvam, ſed ſola conditio jurisjurandi, non etiam id, qvod in conditione eſt, qvod facere aut dare juſſus eſt. *d. l. 8. & l. 26. eod.* Qvod ſi verò qvis beneficio hoc re-

 miſſio-

miſſionis uti nolit, ſed ſponte juramentum præſtiterit, utiqve id non improbabit Prætor *l.62. de acq. her. l.97. de cond. & demonſtr.* Hillig. *in Donell. 8. c.32. M.* Duaren. *ad tit. de cond & inſtit. p.413.* Excipitur tamen caſus, ſi qvis libertatem ſub jurisjurandi conditione reliqverit, ſervus id, qvod ſe daturum jurare debet, anteqvam liber ſit, dare neqveat, tùm enim non remittitur jusjurandum *l.12. l.36. de manu teſt.* Cujac. 5. *obſ.* 1. Qvin imò generatim non remitti videtur conditio jurandi, qvoties remittendo fiet, ne relictum qværi poſſit. In tali enim legato, *Titius decem capito, ſi juraverit, ſe, ubi heres juſſerit, Romam iturum*, neſcio an non ſpecificè per juramentum impleri debeat conditio, aut certè non prius ad Legatum admittetur Titius, qvàm heres juſſerit.

XCIV. In conventionibus diverſa res eſt. Qvando enim, qvis Titio ſtipulanti decem promiſerit ſub conditione, ſi juraverit, ſe Romam iturum, utiqve juramentum exigi poteſt, *arg. l. 6. C. commun. utr. jud. l.39. ff. de jurejur.* Ratio, qvia excuſatur is, cui teſtator onus jurisjurandi injunxit, qvam excuſationem non meretur is, qvi ſponte ſuâ contraxit, & ſciens prudens onus jurisjurandi ſuſcepit. Cujac. 5. *obſ.* 1. Pac. 3. *q.86.*

XCV. Ad primum ordinem referimus III. Conditionem NOMINIS FERENDI. Crebra erat apud Romanos olim nominis non tantùm mutatio, ſed etiam novi ad priſtinum aſſumtio præſertim in adoptionibus & manumiſſionibus Græci, qvod notat Panvinius de nom. Rom. unico nomine contenti erant, ut *Platonis, Ariſtotelis, Demoſthenis, Miltiadis, Themiſtoclis, &c.* Romani erant πολυώνυμοι, nam & *nomine* familiæ ut Cornelii, Julii &c. dicebantur & *prænomine* diſtinguebantur, ut Caii Publii, Lucii dicti, & *cognomine* notabantur Scipionis, Sullæ, Cæſaris: & *agnomine* Cretici, Africani, &c. honorabantur, *An verò liceat vel olim licuerit Chriſtianis nomen ſuum immutare aut novum adſciſcere*, vid. eruditè diſſerentem Richardum Montacutium *Orig. Eccleſ. lib.1. p.107. ſeq.* Qværitur igitur, *ſi qvis ſub conditione nominis ferendi inſtitutus ſit, utrum nomen neceſſariò aſſumere & conditionem adimplere opus habeat, ſi qvidem ad hereditatem admitti velit?* & reſpondetur ex *l.63.* §.10. *ad SCt. Treb.* exigi qvidem conditionem

tionem à Prætore; ſed remitti tamen, ſi recuſet inſtitutus nomen ferre. Conf. *l.6. eod.*

XCVI. Ad primum ordinem referimus IV. Conditionales qvasdam *ineptas & ridiculas*. Sed, ne qvid diſſimulem, eas ut huc referremus, vix à nobis impetravimus & diu ancipites hîc ſubſtitimus. Qvasdam enim earum tàm propè à turpitudine abeſſe exiſtimamus, ut ſi qvis per illas bonis moribus vim qvandam inferri dixerit, nos non inveniat moroſè repugnantes. Tales ſunt, ſi qvis veſtes aut alia ſupervacua in funus impendi & ſecũ condi voluerit. *l.113. §. ult. de leg.1. l.14. §.5. de religioſ. l. fin. §. ult. de aur. leg*, aut ſi qvis reliqvias ſuas ab herede in mare abjici velit, *l.27. de cond. inſt*: qvale qvid reperitur apud Ovid. *l.5. Faſtor.* de qvo tamen vid. Marq. Freher. *1. Parerg. 26.* Sed tamen referre eas in hunc ordinem interim libuit. Adhuc enim easdem pro turpibus non habemus, dicimus tamen rectius eas intermitti, utut implere non invitâ fortaſsè jurisprudentiâ easdem liceat. Vid. Don. *8. c.32. lit. O.*

XCVII. Sic fuit primus ordo. In *ſecundo* nobis cenſentur omnes illæ conditiones, qvæ, cùm potuiſſent impleri, ſi non impleantur aut exiſtant, totum negotium, cui formam largiuntur, caducum & infectum relinqvunt. Sed qvia hîc ampliſſimus dicendi campus occurrit, ut ne extra metas vagemur, iſtos nobis nunc præſcribimus cancellos, ut (1.) *tempus*, qvando, (2.) *modum*, qvo, & (3.) *perſonas*, à qvibus impleri oporteat conditiones, explicemus. His enim capitibus abſolvi poſſe totum illud, qvod Dd. communiter hîc tradere ſolent, exiſtimamus.

XCVII. Primum ut accuratius explicetur, ex ſuperioribus repetendum, conditiones 1. eſſe *vel caſuales vel poteſtativas vel mixtas*, 2. eſſe *vel affirmativas vel negativas*: & ſuper addendum 3. eſſe *vel certo tempore limitatas vel non limitatas*. Qvibus præſuppoſitis & notatis eſto Regula I. *Conditio qualiscunq; ad certum tempus reſtricta intra illud tempus impleri debet*, *l.41. §.12. de fideicomm. lib. l. 11. §.1. de leg. 2.* Qvod enim ad certum tempus permittitur, poſt illud prohibitum cenſetur *arg. l.23. de recept. arb.* Magnif. Dn. Carpzov. *p.2. c.1. d. 8. & 9.* Ratio eſt, qvia hîc dominatur voluntas, ſive defuncti, ſive contrahentis, eaqve regit conditiones *l. 19. de cond. & demonſtr.* Utrum autem im-

pletâ

qvàm ut exiſtat tantùm illud, qvod in conditione eſt, Teſtatoris fuerit votum, qvalis eſt conditio, *ſi nupſerit l. 10. l. 68. eod.* aut niſi Teſtator ſe vivo, vel ipſe in ſe vivo eam impleri velit, qvandoqvidem voluntas ejus præcipuum locum in hâc ſemper habet. *l. 19. l. 91. de condit. & demonſtr.*

C I. Regula IV. *Conditio affirmativa & poteſtativa nullo tempore circumſcripta ſi contractui adiiciatur, qvocunq; tempore impleri poteſt. arg. l. 99. de V. O.* Sive enim talis conditio in arbitrium & voluntatem *ſtipulatoris* conferatur, utiqve, qvod ille conditionem non implet, fortè non iniqvè feret promiſſor, cùm hâc ratione ad ſolvendum cogi neqveat, unde nec ipſe ſtipulatorem urgebit, ut impleat. Sive in arbitrium & poteſtatem *Promiſſoris*, & tùm ipſum qvoqve tempus in ipſius arbitrio eſſe dicendum eſt,

C I I. Regula V. *Conditio caſualis & mixta qvocunq; tempore etiam vivo teſtatore, eo ſæpè ignorante exiſtere poteſt l. 2. l. 10. in f. l. 11. §. 1 l. 91. de cond. & dem.* Qvi enim teſtatus eſt, impleri ſolummodo conditionem & præter ejus exiſtentiam nihil ampliùs ab herede fieri voluit. Qvin imò ſufficit interdum conditionem eventum habuiſſe, utcunqve ſub aliâ cauſarum figurâ iſtum delineaverit teſtator. Clari in hanc rem textùs *l. 11. §. 11. de leg. 3. l. 22. pr. ad SCt. Treb. l. 3. C. de inſt. & ſubſt.* de qvo poſteà.

CIII. Et hæc qvidem de *tempore*, intra qvod conditio qvævis impleri debeat, dicta ſufficiant. Seqvitur nunc ut de *modo* etiam diſpiciamus., cum ex hoc qvoqve non fruſtra æſtimari velit conditio. De eo ſit Regula I. *Conditio poteſtativa animo parendi debet impleri l. 11. § 1. de cond. & dem.* Ideòqve ut paruiſſe qvis conditioni dicatur, etiam ſcire debet, hanc conditionem inſertam. nam ſi caſu aut fato fecerit, non videtur obtemperaſſe voluntati *l. 2. eod.* Præſumitur enim teſtator duo hæc ſimul injunxiſſe, & ut impleatur conditio, & ut animo parendi impleatur Cujac. *tr. ad African. 1.* Qvod ipſum etiam in contractibus, qvin & negotiis civilibus aliis à principe fortè aut magiſtratu præſcriptis procedit, ut conditio poteſtativa non impleta verè dicatur, niſi & à ſciente, & abſqve compulſione impleta fuerit. Ita namqve occidens fortuitò & per ignorantiam Bannitum, non habet præmium, qvod occidenti bannitum ex cenſurâ ſtatuti aut edicto principis conſtitutum eſt, nec habebit etiam ille, qvi

c. 8. 9. 10. 11. ſeq. Ang. Mattheac. *de legat. & fideic. lib. 3. c. 11. n. 10. 11. ſeq* Galganett. *p. 2. c. 1. q. 41. & q. 103.*

CVI. Qvod ſi jam vivo teſtatore eo ipſo tempore qvo teſtamentum conderetur, conditio fuerit impleta, ac teſtator id ſciat, iterum exſpectanda eſt, modo iterum fieri poſſit *l. 11. l. 68. de condit. & dem.* De his enim, qvæ jam extiterunt, non videtur ſenſiſſe teſtator, cum teſtaretur, *l. 10. eod.* Si verò ignoret, ſtatim debetur relictum, qvia verè impleta eſt conditio, *d. l. 10. & l. 11. eod.* qvaliter etiam pro impletâ habetur, qvando exiſtere denuò neqvit *arg. d. l. 11. de condit. & dem.*

CVII. Regula III. *Conditio pro parte impleri non poteſt*, ad hoc ſcil. ut effectus juris habeat. Præcedere itaqve debet implementum conditionis in actu facto & conſummato. Qvod ut dextrè intelligatur, obſervandum eſt (1.) Conditiones ſuâ naturâ eſſe vel *dividuas* vel *individuas*. (2.) vel conferri in *unam* perſonam, vel in *plures*. Juxta qvæ concludo I. *Conditio in unam tantùm perſonam collata pro parte impleri neqvit.* Qvod verum eſt non de eâ tantùm conditione, qvæ naturâ ſuâ individua eſt, ſed etiam de eâ, qvæ in partes ſcindi & dividi poteſt. Utut enim talis illa fuerit, utut etiam plures ſint perſonæ, cum qvibus aut in qvibus impleri eam oporteat, ſolutione tamen ſeu liberationis effectu dividi ea neqvit *per l. 23. l. 44. §. f. l. 56. de cond. & dem. l. 85. §. pen. de V. O.* Johan Bapt. Coſta *de facti ſcient. & ignor. inſpect. 6. n. 3. 4. 5. 7.* Camill. Gallinius *de V. S. l. 10. c. 25. n. 22. 23.* ne qvidem, ſi poſtmodùm ad plures ipſius heredes tranſeat, *d. l. 56* cùm ex eorum perſonâ conditio obligationis non mutetur *l. 2. §. 2. de V. O.* Proportionem tamen hîc obſervari volumus inter onus & emolumentum, ob qvod onus illud impoſitum fuit, adeòqve inter conditionem, & legatum, aut aliud, cui conditio adjecta fuit. Sic enim fieri poteſt, ut conditionem, qvæ omnimodò impleri debuiſſet, ex parte implere deinceps liceat, qvatenus ſcil. legatum aut emolumentum minuitur, & ad honoratum minus pervenit, *l. 43. §. 3. l. 44. §. 9. l. 61. § 1. de condit. & dem. l. 20. de donat. mort. cauſ.* Vid. Donell. *8. c. 33.* ubi excipit legatum per Falcidiam minutum. Galganett. *p. 1. c. 6. n. 24. & p. 2. c. 1. qv. 25.*

CVIII. Concludo II. *Conditio in plures perſonas collata, ſi dividua*

 eſt,

eſt, pro parte impleri poteſt. Propter pluralitatem enim tùm perſonarum, tum partium, in qvas dividua eſt conditio, tot ferè conditiones concipere licet, qvot ſunt perſonæ. Sic igitur unicuiqve partem conditionis implere licet, ut tamen non integrum legatum, ſed partem tantùm ejus pro portione ſibi contingente conſeqvatur, *l. 30. de uſu & uſufr. leg. l. 45. §. 1. l. 56. de cond. & dem. l. 6. C. de cond. inſert.* Et hoc etiam licet, qvando una qvidem eſt legatarii perſona phyſicè conſiderata, ſed illa tamen plures repræſentat. Sic enim ſervo communi qvando legatum relictum eſt ſub conditione dandi, puta decem heredi, poteſt unus dominorum offerendo heredi qvinqve, dimidiam partem legati petere. *l. 44. §. 1. de leg. 1. l. 1. §. 4 de ſtip. ſerv.*

CIX. Concludo III. *Conditio in plures perſonas collata, ſi individua eſt, pro parte impleri non poteſt.* Individua autem conditio nobis dicitur, qvando legatarius e. g. jubetur extruere monumentum, balneum, theatrum, ſtadium, viam, iter, actumve conſtituere, &c. *l. 112. de cond. & dem. l. 11. §. 23. 24. de leg. 3. l. 80. §. f. ad L. Falcid.* Utut enim theatrum aut balneum, per partes ædificari poteſt, nulla tamen pars theatri aut balnei eſt theatrum aut balneum, neqve ullum balneum, aut theatrũ feciſſe intelligitur, qvi ei Propriam formam, qvæ ex conſummatione contingit, non dederit *d. l. 80. ad L Falcid.* Qvare, ut ne qvis alteri in acqvirendo legato impedimento ſit, dum alter fortè parère, alter non parère conditioni ſecum conſtituit, etiam uni permiſſum eſt, id, qvod in conditione eſt, efficere, ſed ita tamen, ut integrum & totum abſolvat. Sic enim fiet, ut totum qvoqve & integrum legatũ accipiat, excluſo ſocio *l. 13. pr. de man. teſt.* non obſtante, qvod conditio talis non poſſit, niſi in omnibus ſimul perſonis exiſtere *l. 112. de cond. & dem.* Si tamen oſtendatur contentum eſſe teſtatorem, ſi vel alter fecerit, res erit expedita. nam alter faciendo aut & ſibi & ſocio proderit, aut ſibi tantùm, prout voluiſſe teſtatorem apparuerit *d. l. 13. pr. §. 1. & 2. de man. teſt.*

CX. Regula IV. *Si plures conditiones conjunctim datæ ſunt, omnibus parendum eſt; ſi disjunctim, cuilibet. l. 5. de cond. inſt. §. 11. J. de hered. inſt. l. 45 de man. teſt. l. 129. de V. O. l. 13. iud. ſolvi,* Galganett. *p. 1. c. 6. n. 4. 29. 30.* Donell. *15. c. 12. inf.* In illis enim videtur teſtator aut contrahens ad alterutram reſpexiſſe, in his ad utramqve. Petr. Coſtal. *ad l. 11. de pact. dotal.* Sed evenire tamen ſolet nonnunqvam, ut conjunctæ

pro

pro disjunctis, & hæ pro illis habeantur, ſi qvidem voluntas ejus, qvi conditionem dixit, commodam interpretationem aliam non admittat. Textus clariſſimus in hanc rem eſt, *l.6. C.de inſtit. & ſubſt.* & *l.13.§.2. de reb.dub.* & hoc procedere regulariter in negativis, ita ut in his non ſufficiat alterutrum non fieri, ſed tùm demum committi ſtipulationem, aut valere diſpoſitionem, ſi utrumqve non fiat, aſſerit Hillig. *in Donell.15. c.12. K.* Duaren. *ad tit. de cond. inſt. p.416.*

CXI. Sed qvid ſi in diverſis teſtamenti partibus idem relictū fuerit ſub pluribus diverſis conditionibus? an omnibus parendum erit? Neqvaqvam. Sed diſtinctè tamen hîc reſpondendum. In *inſtitutionibus* enim conditio qvæ prior extitit, *l.27. de hered. inſt. l.17. de cond. inſt.* in *legatis* noviſſima i.e. ultima, in *libertatibus* leviſſima ſpectanda eſt *l.51.l.87.cum duab.ſeq.de cond. & dem.* Duaren. *d.l.p.417.* Hortenſ. *ad §.ſi plures conditiones J.de her.inſt. p.180.*

CXII. Regula V. *Conditiones negativæ pro impletis habentur, qvando cautio Mutiana interponitur.* Habet hæc cautio nomen à Q. Mutio Scævolâ *Nov.22. cap.43.* qvi cum videret, conditiones, qvæ in non faciendo conſiſtunt, non niſi fine vitæ impleri poſſe *l.65. §.1. ad SCt. Treb.* & morte legatariorum demum finiri *l.73.de condit. & dem.* triſte ipſi & alienum à voluntate Teſtatoris viſum fuit; imò ominoſum prorſus hujus voto *l.72.pr.eod.* ſi illi, cui benè velle & proſpicere voluit teſtator, nunqvam benè eſſe per vitam liceret. Introduxit ergò talem modum cavendi, ut legatarius heredi, heres coheredi *l.4. §.1.de cond. inſt.* aut heredibus legitimis *l.18.de condit. & dem.* per ſatisdationem *l.67.106.eod.* promittat, ſe nunqvam id facturum, qvod in teſtamento probibitum, aut ſi contra fecerit, ſe legatum aut hereditatem cum omnibus fructibus reſtituturum *l.7.l.67.l.73.l.79.§.2.de condit.& dem.* Arnold. ab Haerſolte *de action. p.7.a.2.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. ad tit. de cond.& dem. n.39.* Ejus cautionis effectus hic eſt, ut diſpoſitio habeatur pro purificatâ & conditio pro impletâ, ita ut qvanqvam revera impleta non ſit, jus tamen fingat illam impletam, & legatario actionem concedat, qvæ aliàs ante mortem nata non fuiſſet.

CXIII. Habet autem locum hæc cautio in *legatis, fideicommiſſis & hereditatibus*, qvæ ſub conditione negativâ deferuntur *d.l.7. de cond.*

 & dem.

& dem. ſed & in *donatione mortis cauſâ* obtinet. *Nov.22.c.44.* utpote qvæ ratione effectûs legatis & fideicommiſſis æqviparatur, *l.4.C. de donat.* In *contractibus* verò locum invenit planè nullum. Arum. *diſp. 22.n.13.* Goedd. *de contr.ſtip.c.5.n.291.& c.8.n.172.* Ratio differentiæ eſt, qvia in ultimis voluntatibus præſumitur teſtator voluiſſe, ut legatum aut hereditas ſtatim ad eum deveniat, ad qvem, ut deveniret, voluit. In contractibus autem, qvia illi ex duorum conſenſu celebrantur, non præſumitur debitor id, qvod ſe aut creditore vivo peti non poteſt *§.4.J.de V.O.* illicò ſolvere, & qvod nondum debet *l.109. de V.O.* ante tempus debere velle, præſertim cùm creditor ſibi imputare debeat, qvod legem non dixerit apertius. *l.99.de V.O.l.39.de paƈt.* Eventus ergò expectandus eſt, nec prius dicitur impleta conditio, qvam certum eſt, fieri id non poſſe, qvod in conditione eſt *d.l.99.§.1.& 2.de V.O.* Qvi enim hodiè non fecit, non dedit, qvod non facere vel non dare juſſus eſt, verum qvidem eſt, eum non feciſſe, non dediſſe, ſed non perpetuò, cum alio tempore dare aut facere poſſit. Idem igitur eſt, ac ſi, cum moreretur, ſtipulatus eſſet, *§.4.J. de V.O.*

CXIV. Accedit, qvod legatum non acqviſitum non transmittatur ad heredes, ſed intercidat *l.5.qv.dies leg.l.un.§.7.C.de cad.toll.* In contractibus verò etſi pendente conditione deceſſerit Creditor, non tamen propterea contractus redditur inutilis aut inanis, qvia qvandocunqve conditio exiſtet, qvod hîc fit poſt mortem creditoris, heres ipſius agere poterit, utpote pro qvo ab initio ſimul contractum fuit *l.9.de probat.* Cujac. *14.Obſerv.72.* Moller. *l.5.ſemeſtr.diſſ.40.* Dn. Hahn. *ad t.de cond.& dem.p.334.*

CXV. Cæterùm probè obſervandum eſt, cautionem Mutianam habere tantùm locum in conditionibus *poteſtativis* i.e. iis tantùm, qvæ ex nudo legatarii facto dependent, nec eo vivo ſine ipſius facto aliunde implementum adipiſci qveunt. *l.72.§.2.l.77.§.l.101.§.3. l.106.de condit.& dem.* In caſualibus verò & mixtis gravatus non admittitur ad hanc cautionem, ſed expectare tenetur, usqve dum verè exiſtat conditio, niſi ominoſum fortè fuerit aut triſte, aut periculoſum etiam, eventum talem expectare, tùm enim à cautione non repellitur legatarius *d.l.72.pr.& §.1.* Cæterum qvando in negativis

certum

Digitized by Google

certum præfixum eſt tempus, qvia tempus iſtud vivo legatario exiſtere poteſt; nihil debetur, niſi elapſo tempore *l. 4. de condit. & dem. l. 27. §. 1. l. 99. §. 1. de V. O. l. 10. §. 1. ſi qvis caut.*

CXVI. Accedimus nunc ad caput *tertium*, qvod de ſecundo ordine ſupra num. XCVII. fecimus. Aget autem hoc de *perſonis*, qvibus conditionem implendi neceſſitas incumbit. Qvo loci primaria qvæſtio eſt, *Utrum conditio per alium poſſit impleri, an vero per eum tantum, in qvem ab initio collata fuit?* Breviter dicimus, conditionem *dandi* per alium etiam impleri poſſe *l. ult. de cond. inſt. l. 15. inf. de ſtat. hom. l. 29. §. ult. de ſtatu lib.* qvia tùm ad actum dandi nihil facit perſonæ qvalitas; è contrario autem conditionem *faciendi* non poſſe per alium impleri, qvia tùm perſonæ induſtria electa videtur, & multum refert, à qvo qvid fiat. Qvin interdum ea eſt facti natura, ut ab alio impleri neqveat, & in ſolâ illius, cui id impoſitum eſt, perſonâ concludatur. Qvod ſi tamen conſtet, eum, qvi conditionem dixit, non tàm perſonam, qvàm factum ipſum, à qvocumqve tandem proficiſcatur, reſpexiſſe, nihil obſtat, qvo minus etiam ab alio id expediri qveat *l. un. § 9. C. de cad. toll. add. l. 11. § f. de leg. 3. l. 31. de ſolut. l. 13. C. di contr. & comm. ſtip.* An autem in *alterius*, qvàm in cujus perſonâ formata fuit, impleri poſſit conditio non eſt, qvòd prolixius diſceptemus. Diſertè enim id negat *l. 44 & l. 55. de cond. & dem.* Reliqva, qvæ huc ſpectant, antevertimus dicere numero CVII. CVIII. CIX.

CXVII. Et ſic etiam de ſecundo ordine conditionum plus ſatis verba fecimus. Reſtat ordo *tertius*, in qvem ſupra collocavimus conditiones, *qvæ qvidem impleri debuiſſent, ſed ob certas tamen intervenientes circumſtantias impleri neqviverint, & nihilominus pro impletis habeantur.* Hic autem potiſſimùm reſpicitur (1) utrum conditio ſit caſualis, an poteſtativa, an mixta, (2) utrum impedimentum veniat ex caſu, an ex culpâ. Si ex culpâ (3) an ejus, qvi implere conditionem debuit, an ejus, cujus intereſt eam non impleri, an tertii alicujus, cujus nihil prorſus intereſt.

CXVIII. Generalis regula eſt in omnibus conditionibus, qvæqve tàm in contractibus, qvàm ultimis voluntatibus locum habet: *Qvoties conditio deficit facto ejus, cujus intereſt eam non impleri, perinde ha-*

de habetur, ac ſi impleta eſſet: l. 24. l. 81. §. 1. de cond. & demonſtr. l. 161. de R. J. l. 85. §. f. de V. O. l. 50. de contr. empt. l. 3. §. ult. de cond. cauſ. dat. Duaren. *de cond. inſtit. p. 422.*

CXIX. *Caſualis conditio non impedita ab eo, cujus intereſt eam non impleri, nunqvam habebitur pro impletâ, niſi formaliter eventus extſtat. l. un. 7. C. de cad. toll.* Hunc enim ſolùm videntur reſpexiſſe teſtantes aut contrahentes, & præſumuntur in caſu non exiſtentiæ aut conditionis deficientis totum actum inutilem eſſe voluiſſe. Qvin imò videtur tale legatum potiùs conditioni ſcriptum qvam legatario, & contractus potiùs conditionis gratiâ initus, qvàm contrahentis alterius, ut proinde ſi deficiat conditio, nihil prorſus reliqvum ſit, ob qvod perſonæ gratia aliqva fieri debeat. Peregrin. *de fideicomm. art. 16. n. 116.*

CXX. *Conditio poteſtativa habetur pro impletâ, qvoties per eum, qui implere eam debet; non ſtat, qvo minus impleatur. l. 8. inf. de cond. & dem.* Fit autem hoc qvoties facto alterius, heredis puta, aut illius, ſine cujus perſonâ non poteſt impleri conditio, aut cujus intereſt eam non impleri, aut cujusvis etiã alterius impedimentũ oritur. *l. 40. pr. l. 57. in f. l. 84. l. 101. §. f. de cond. & dem. l. 34. §. 1. de ſtatu lib. l. 5. §. 5. qv. dies leg. l. 11. l. 23. de cond. inſt. l. 13. de ann. leg. l. 1. C. de inſtit. & ſubſt. l. 50. de contr. empt. l. 92. §. 1. de leg. 1. 34. §. 4. de leg. 2.* Illud ſingulare videtur, qvod ſtatu libero non omne ab heredis perſonâ interveniens impedimentum pro expletâ conditione cedat, verùm illud duntaxat, qvod directò impedimentum injicit, & impediendæ libertatis cauſâ factum eſt. *l. 83. de ſtatu lib. qvæ illuſtrari poteſt ex l. 3. §. 7. 8. 11. eod. & l. 3. §. f. de condict. cauſ. dat.*

CXXI. In conditione mixtâ fatemur multum nos ſudaſſe, ut in certos ordines redigeremus & ſibi invicem conciliaremus leges hâc de re diverſimodè ſtatuentes, ſed profectò penetrare vix potuiſſe, qvâ ratione id à nobis expediri qveat. Communicabimus tamen id, qvod nobis videtur, ut, qvid aliis videatur, nobis itidem communicetur.

CXXII. Et primò qvidem certum eſt, conditionem mixtam, qvæ facto alterius, in qvo impleri debebat, aut cujus intererat, impedita fuit, pro impletâ haberi, qvodqve ſub tali conditione relictum

ctum fuit, citra controverſiam deberi. In hoc enim conditio mixta nihil differt à poteſtativa, imò eſt ipſa poteſtativa, qvæ non prius in caſualem degenerat, qvàm aliunde & inſperato caſus adveniens eam ex poteſtate hominis eripiat, ſibiqve ſuam faciat. Iisdem ergò regulis, qvibus aliàs tota poteſtativa, continebitur.

CXXIII. At verò eo tempore, qvo jam in caſualem devolvitur, qvod plerumqve ex eventu tùm demum conſpicitur, qvando caſus inſperatò interveniens ipſam totam perimit, qværitur, an & qvando pro impletâ haberi debeat? Nec enim perinde ut caſualis mera, ſemper ipſam formalem ſui adimpletionem & exiſtentiam reqvirit ad hoc, ut valeat diſpoſitio, cui ſub ſpecie qvalitatis adjecta fuit. Et hîc qvidem ſunt iſti ignes cineri admodum doloſo ſuppoſiti, per qvos incedendum nunc eſt.

CXXIV. Potiſſimum in jure caſûs ejusmodi exemplum eſt *mors ejus cum qvo & in qvo perficienda aut adimplenda eſt conditio.* Unde ſtatus controverſiæ hic naſcitur: *An, ſi mortuus fuerit ille, cui vel heres vel legatarius dare facere aliqvid juſſus eſt, nihilominus debeatur legatum aut hereditas, an verò tanqvam conditione defectâ prorſus intercidat?* Donellus *l.8. c.34.* ſubtiliter hâc de re diſputat, nec tamen ſatisfacit, cum neſcio qvi perpetò nobis obſtent ſcrupuli, qvos ille non eximit. Oppidò placet diſtinctio Cujacii *l.17. obſ.22.* qvem ſeqvitur Juſtus Meyerus *in Colleg. Argent. ad tit. de cond. & demonſtr. n.22.* multum ſcil. intereſſe, utrum vivo teſtatore, an poſt mortem ejus moriatur ille, in qvo aut cum qvo implenda fuerit conditio. Si *illud,* legatum deberi. Si *hoc,* non deberi. Illud innui & intelligi *in l.54.§.2.de leg.1.& l.8.§.7.de cond. inſtit.* hoc *l.94.de cond. & dem. l.20. §.3. de ſtatu lib. l.1. C. de inſt. & ſubſt. l.31.de cond. & d.l.4.C.de cond. inſt. l.23.§.2. ad L. Aqvil.* Sed non usqveqvaqve placet ratio, qvam idem ille aſſignat, qvod ſcil. ſe non vivo, ſed mortuo conditionem implere voluerit teſtator. Atqvi datur conditio, qvæ tàm vivo, qvàm mortuo Teſtatore impleri poteſt, etiam ad hunc effectum, ut purificetur inſtitutio aut legatum, ſive vivo eo, ſive mortuo impleta fuerit, *l.10. l.91. de cond. & dem.* Et hoc ipſum non negat Cujacius, nec tamen explicat, qvare in his, ſi vivo teſtatore deficiant, debeatur relictum, ſi mortuo eodem, non debeatur; neqve exponit etiam, unde conſtare poſſit, utrum vivo ſe

an mortuo filiam e. g. Titio nubere velit teſtator. Nos igitur retentâ diſtinctione aliam ſubſtituemus rationem, qvam ſi qvis minus congruam & æqvè laborantem oſtendere velit, audiemus eum non moroſi, dummodò aliam magis firmam unà ſuppeditet.

CXXV. Nempe qvandocunqve conditio vivo teſtatore deficit, tùm eo tempore, qvo vires accipit teſtamentum, qvod fit mortuo teſtatore, reperitur heres inſtitutus & legatarius honoratus ſub conditione impoſſibili. Etſi enim eo tempore, qvo teſtamentum ſcribebatur, talis non eſſet, degeneravit tamen eo ipſo tempore, qvo defecit, & ex poteſtativâ poſſibili facta tota eſt impoſſibilis. Atqvi impoſſibilis conditio non vitiat ultimam voluntatem, ſed ipſa potiùs vitiatur. *vid. ſup. n. LXVII.* Et hæc cauſa eſt, qvod inſtitutus ad hereditatem & legatarius ad legatum admittatur, ut maximè impleri ampliùs conditione qveat. E contrario qvando moritur teſtator conditione adhuc poſſibili, teſtamentum per conditionem iſtam qvalificatur, & cum eâ ita ſubſiſtit, ut impleri aut conditionem, aut totum relictum omitti oporteat. Sufficit enim impleri potuiſſe conditionem poſt mortem teſtatoris, ut maximè omni tempore poſt id ea impleri neqveat.

CXXVI. Nec qvicqvam obſtat, qvod legatum annuum ſub conditione, *ſi legatarius cum defuncti agnato moraretur*, debeatur, etiamſi poſt mortem teſtatoris per mortem ipſius agnati deficiat conditio *l. 13. §. 1. de alim. leg. l. 20 pr. de ann. leg. 30. §. 5. de leg. l. 3. l. 1. C. de leg.* Non enim videtur legatum deberi, niſi conditioni legatarius, qvoad potuit, paruerit. *l. 20. in f. de alim. leg.* aut niſi ſaltem per eum non ſteterit, qvo minus pareret. Idcirco ſi paruit, debetur utiqve legatum, & qvia annuum id eſt, debetur etiam poſt mortem ejus, in qvo aut cum qvo implere (rectius dixerim, *continuari*) debuiſſet conditio, qvoad vixerit ſcil. legatarius. Sufficit enim ſatisfactum eſſe teſtatoris voluntati, ex qvo ſemel paruit legatarius. Qvod ſi per eum non ſtat, qvo minus impleat conditionem, ſed per alterum illum, cum qvo morari debuit, non minus debetur legatum. Non enim defecit tùm conditio per caſum, ſed manſit reſpectu legatarii poteſtativa, & ob hoc habetur pro impletâ. *d. l. 30. §. 5. de leg. 3. l. 84. de condit. & dem.* Utrinqve igitur neceſſitas alimentis præſtandis perpetuò manet,

Digitized by Google

net, qvemadmodum loqvitur Scævola *d.l.13.§.1. de alim. leg.* Vid. M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art.16. num. 146. ſeqq.*

CXXVII. Sed nondum omnes à nobis ſoluti ſunt nodi, unus certè ſupereſt, cui vix ſufficimus. Diximus ſupra filiumfam. non niſi ſub poteſtativâ conditione inſtitui poſſe. Jamverò, cùm inter poteſtativas conditiones etiam *conditionem manumittendi, dandi, nubendi, &c.* habeamus, *per l.23. & l.ult. de cond. inſtit. l.5. & 6. de hered. inſt.* utiqve, ſi talis conditio morte alterius perſonæ, cum qvâ impleri debuiſſet, poſt mortem teſtatoris deficiat, ipſa qvoqve juxta tradita deficiet inſtitutio, atq; ſic ex eventu præteritus reperietur ſuus. Qvid enimverò nunc dicendum? Dicam qvod ſentio & qvidem ex mente acutiſſimi Franzkii, qvi conditionem poteſtativam pro impletâ haberi debere in tali inſtitutione contendit, qvoties caſus inopinatus ſine culpâ heredis ſupervenerit, qvi ſcil. implementum ita abſorbeat, ut conditio nullo unqvâm tempore impleri ampliùs qveat, breviter, *ſi poteſtativa conditio degeneret in caſualem.* Sed vide ipſum *diſp. 5. ad L. Gallus m 1. ſ. 2. n.23 24.*

CXXVIII. Plura diximus, qvàm dicere voluimus, non ea tamen non neceſſaria. ſed cum alia non minùs neceſſaria adhuc reſtent, illa qvoqve, ut nunc exponamus, ordinis reqvirit ratio. Exponemus autem breviter. Cumqve hactenus de impletione & modo qvo eâ fieri debeat, dixerimus, ſeqvitur nunc, ut de *retrotractionibus conditionum* agamus. Qvandocunqve enim extitit aut impleta eſt conditio, tum præcipua qvæſtio de eo eſt, qvomodo purificetur contractus aut diſpoſitio, an ita, ut demum valeat à tempore conditionis exiſtentis, an verò liceat per fictionem qvandam juris ipſam totam conditionem nunc exiſtentem ad tempus illud, qvo non extitit, retrotrahere, ad ipſum ſcil. initium contractûs, ad ipſum initium ultimæ voluntatis. Nos omne id, aut præcipuum ſaltem, qvod hîc in diſputationem venit, ſeqventibus regulis complectemur.

CXXIX. Regula I. *In contractibus retrotrahitur conditio,* ad tempus ſcil. illud, qvo contractus primum initus fuit, adeoqve fingitur conditio ab initio extitiſſe, perinde ac ſi illo tempore contractus purè fuiſſet celebratus *l.11. §.1. qui pot. in pign.* Et hæc retrotractio facit, ut etiamſi intereà, dum conditio actum ſuſpendit, cum alio de-

Digitized by Google

eâdem re purè contractum ſit, potior tamen ſit ille, qvi prior ſub conditione contraxit. *l. 9. §. 1. d. l. 11. §. 1. qui pot. in pign.* Petr. Coſtal. *ad d. l. 11.* Möller. *semeſtr. l. 5. diff. 63.* Etſi enim ex contractu conditionali ante conditionis eventum nulla oriatur obligatio, nihilominus tamen ea ſunt jacta principalis obligationis fundamenta, & contractus eatenus pro perfecto habetur, ut neuter contrahentium ſolus pænitere, neqve à contractu altero invito reſilire poſſit, Uterqve igitur conditionis eventum expectare tenetur. Hartm. Piſtor. *3. q. 14. num. 17.*

CXXX. Limitatur tamen regula, qvod locum tantùm habeat *in conditione caſuali*, & ad poteſtativam nullatenus extendenda ſit. Joh. Bapt. Coſta *de retrotract. b. 8. caſu 31. n. 9. 10. 11* Bachov. *ad Treutler. vol. 2. diſp. 27. th. 1. D.* Cum enim conditionis poteſtativæ implementum in poteſtate debitoris ſitum ſit, an & qvando conditionem implere velit, atqve adeò non adimplendo pœnitere & efficere poſſit, ut nihil omninò geſtum contractumve intelligatur non tàm conventionis, qvàm id tempus ſpectandum erit, qvo impletâ conditione conventio demum effectum ſortita eſt. Et hoc volunt verba *l. 9. §. 1. qu. pot. in pign. Si modo ea non conditio ſit, quæ invito debitore impleri non poſſit*, i. e. ſi modo non ſit poteſtativa. Qvi enim ne ulla oriatur pignoris obligatio, impedire poteſt, ejus qvoqve arbitrii eſt, ut interim, anteqvam oriatur, obligatio, alii rem pignori dare, & hunc priori præferre poſſit. Pro meliori tamen intellectu notandum, per poteſtativam conditionem nos hîc illam tantùm innuere, propter qvam in debitoris poteſtate eſt, pro arbitrio efficere, ut nulla omninò intelligatur contracta obligatio, non, ut nô tota. Deinde, aliud videri, qvando conditio poteſtativa in Creditoris arbitrium & poteſtatem collata fuerit. tùm enim retrotractioni locum eſſe, non inviti damus. Conf. Hortenſ. *ad §. at ſi ita J. de V. O.* Andr. ab Exea *de pact. p. 333.*

CXXXI. Regula II. *In ultimis voluntatibus conditio, quæ inſtitutioni adiecta eſt, retrotrahitur* ad tempus videlicet, qvo teſtator obiit. Poſteàqvam enim conditio extitit, & heres hereditatem adiit, videtur ex mortis tempore defuncto ſucceſſiſſe *l. 28. §. ult. de ſtip. ſerv. l. 54. de acq. her.* Siqvidem omnis hereditas, qvamvis poſteà adeatur,

cum

Digitized by Google

eum tempore mortis continuatur *l. 138. de R.J.* & omnia ferò jura heredum perinde habentur, ac ſi continuò ſub tempus mortis heredes extitiſſent. *l. 139. eod.* Hortenſ. *d.l. p. 314. 315.*

CXXXII. Regula III. *In ultimis voluntatibus conditio, qvæ legatis adjecta eſt, non retrotrahitur.* Hùc enim, niſi fallor, tendunt *l. 12. circa fin. de uſufr. l. 12. §. 2. fam erciſc. l. 66. de R.V. l. 1. §. 4. de SCt. Silan. l. 11. in fin. qvem ſerv. am. l. 11. §. 4. in f. de except. rei iud.* adeoqve tempus ſolùm, qvo conditio extitit, inſpiciendum eſſe exiſtimo. Vid. qvæ habet Balduin. *in Juſtinian. p. 359.* Joh. Bapt. Coſta *de Retrotract. c. 8. caſ. 31. n. 16.* Moller. *l. 5. ſemeſtr. diff. 63.*

CXXXIII. De fructibus qværitur, cujus illi ſint pendente conditione. Et qvidem ſi conditio deficiat, dubium non eſt, eos eſſe illius, cujus eſſent, ſi talis actus conditionalis nunqvam interceſſiſſet. Sic enim ad legitimos heredes ſpectabunt fructûs, ubi heres ſub conditione inſtitutus conditione illâ defectus fuerit. Pari modo ad heredem pertinebunt fructûs legatorum conditione ſuâ deſtitutorum. Qvod ſi extiterit conditio, hereditatis qvidem ſub conditione illa delatæ fructûs ad heredem ſcriptum, adeoqve ad ipſum illum, in qvem conditio collata fuit, pertinent; Legatorum autem conditionalium fructûs non ſunt illius, in qvem conditio collata fuit, ſcil. legatarii, ſed ipſius potius heredis, ad qvem aliàs, ſi conditio deficeret, Legatum ipſum pertineret. *l. 32. §. 1. de leg. 2. l. 14. de condict. furtiv. l. 29 §. 1 qvi & à qvib. manum.* Et ratio eſt, qvia, ut ſupra diximus, in legatis conditionalibus retrotractio non habet locum, ſed per illud demum tempus, qvo exiſtit conditio, nudè ſine reſpectu ad anterius aliqvod, legatario jus tribuitur. Gerhard. *diſp. 8. de Teſtam.* Joh. Copus *de fructib. l. 2. tit. 3. c. 3. & 5.*

CXXXIV. In contractibus conditionalibus idem ferè obſervatur, qvod in hereditate. Nec intereſt, utrum ſuſpenſiva fuerit conditio, an reſolutiva. Si enim v. g. Emtio venditio ſub conditione inita fuerit, exiſtente eâ fructûs & acceſſiones à tempore addictionis Emtor lucratur *l. 2. in f. l. 7. de in diem addict. l. 2. §. 4. pro emptor.* Eâdem verò deficiente, aut contractus ab initio nullus fuit, ob conditionem ſuſpenſivam nunc deficientem, aut res empta prius nunc inempta fit

Digitized by Google

ob conditionem reſolutivam, per qvam emptio retroverſus reſolvitur & annullatur. Neutro caſu Emptor fructus lucrari poteſt. Non illic, qvia ſic deficit cauſa, ex qvâ emptori debeantur fructus, poſtqvam ſcil. contractus ab initio nullus fuit. Non hîc, qvia ſcil. reſtituere nunc oportet fructûs, qvos intereà revocabiliter percepit & tantiſper acqviſivit emptor, *d.l.6.l. 16. de in diem addict. l.5. de leg. Commiſſ.* Sicuti enim conditio ſuſpenſiva hoc operatur, ut eâ exiſtente contractus rettò purè celebratus fuiſſe credatur *l.11. §.1. qui pot. in pign.* Ita ex adverſo conditio reſolutiva facit, ut retrò nihil actum eſſe, nec dominium ullum translatum fuiſſe videatur. Vid. *Juriſperitorum diſertiſſimus* Dn. Franzk. *ad tit. de in d. add. n.9. ad tit. qvib. mod. pign. vel hypoth. ſolv. n.152.* Conſultiſſ. Dn. D. Hahn. *obſ. in VVeſenb. de in d. add. p.630.* Donell. *16.c.18. lit. D. E.* Petr. Coſtal. *ad l.2 de in d. add.* Ang. Mattheae. *l.1. de leg. c.17. n.7.*

CXXXV. Idem ſtatuendum de periculo. Hoc autem eſt vel interitûs vel deteriorationis. Si pendente conditione res pereat, venditio extincta eſt, *l. 10. §.5. de iur. dot. l. 8. §.10. de peric. & comm. rei vend. l.5. C. eod.* Tùm enim retrotractio fieri neqvit, qvia deficit terminus à qvo, & non minùs ſubſiſtere poteſt emptio, ac ſi qvis ab initio contrahere vellet ſuper re, qvæ non extat in rerum naturâ. At verò ſi deteriorata tantum fuerit res, conditione poſteà deficiente periculum eſt venditoris, eâ verò exiſtente, eſt emptoris *d.l 8. de peric. & comm.*

CXXXVI. Sed poteſt tamen emptio venditio celebrari ſub conditione, & nihilominus pendente conditione res tradi, cum adjectione, ut ſtatim, hoc eſt, purè fiat emptoris. Tùm verò contractûs qvalitas alteratur, non qvidem ut conditio ſuſpenſiva degeneret in reſolutivam, & deficiente conditione ipſo jure vi & poteſtate ſolius conditionis deficientis contractus annulletur, ſed ut per viam actionis contractus reſcindatur, ſicubi defecerit conditio, & tùm hæc conventio non abſimilis eſt illi qvæ fit cum pacto revendendi. Conſeqventer emptor fructûs intereà perceptos ſuos facit, qvod pluribus deducit ſæpè laudatus Dn. Franzk. *ad tit. de contr. empt. num. 290. ſeqq.*

CXXXVII.

Digitized by Google

CXXXVII. Qvanqvam autem conditio in legatis, uti diximus, non retrotrahatur, ſed ex die, qvo extitit, primùm jus tribuat, & intereà heres rei legatæ verus dominus exiſtat, adeò ut alienare etiam eam conditione pendente poſſit; tamen, ex qvo tempore conditio extat, apertè ajunt jura, legatario non nocere alienationem vel obligationem ab herede intereà factam, & exiſtente conditione tàm eſſe rem legatarii, qvàm ſi heres anteà nihil qvicqvam de eâ ſtatuiſſet; *l. 105. de cond. & dem. l. 81. pr. de leg. 1. l. 3. §. 3. C. commun. de leg.* Emtorem autem precium qvidem à venditore repetere poſſe, etiam ſi ſciverit rem à ſe emptam reſtitutioni obnoxiam, (cùm non ſit malæ fidei, neqve ſciens emerit rem planè alienam, & imò multis caſibus fieri potuiſſet, ut conditio non exiſteret) ἐμπονήματα tamen ſua repetere non poſſe, qvia ſcil. intereà fruitus eſt, & propriam ſibi rem habuiſſet, ſi defeciſſet conditio. Sed nec duplæ ſtipulationem hîc committi, qvia non eſt evictio, qvam emptor non prævideri & cujus periculum qvodammodò non ſuſceperit *d. l. 3. §. 4. Com. de leg.* Balduin. *in Juſtinian. p. 243. 252.* Juſt. Meyer. *in Colleg. Argent. tit. de condit. & dem. n. 11.*

CXXXVIII. Supereſt caput Diatribes noſtræ ultimum, in qvo de transmiſſionibus conditionum ut agamus, ipſa materiæ poſcit conditio. Contingere enim non raro ſolet, ut pendente conditione decedat ille, in qvem conditio ſcripta aut collata, aut cui ſub conditione aliqvid promiſſum fuit, aut etiam ipſe, qvi promiſit. Tùm verò dubium evadit, num prorſus exſpiret negotium, cui conditio talis acceſſit, an verò in heredibus qvoqve defuncti tamdiu ſubſiſtat, donec de implemento aut defectu conditionis certum qvid haberi poſſit. Nos totam rem duabus regulis exhibebimus.

CXXXIX. Prima hæc eſt: *In contractibus conditio ad heredes transmittitur. §. 4. J. de V. O.* ex parte tàm creditoris, qvoad ſpem & jus implendæ conditionis, qvàm debitoris, qvoad obligationem inde naſcituram *l. 57. de V. O. §. 25. J. de inut. ſtip. l. 8. de peric. & comm. R. V.* Præſumuntur enim contrahentes non ſibi tantùm, ſed heredibus etiam ſuis proſpicere voluiſſe *l. 9. in f. de probat. l. 13. C. de contr. & comm. ſtip.* Vid. Arum. *diſp. 22. n. 19.* Nec diſtingvimus hîc inter conditio-

ditionem poteſtativam & & caſualem, uti qvidem Dd. hîc communiter ſolent, cùm utrobiqve par ratio videatur. Excipimus tantùm conditiones, qvæ ita perſonæ adhærent, ut per aliam impleri, aut in aliâ exiſtere neqveant, ſive poteſtativæ ſint, ſive caſuales. Hoc autem toties fit, qvoties factum in conditionem venit, qvod vel nullum opus (ἀποτέλεσμα vocant Philoſophi) poſt ſe relinqvit, qvalia ſunt adſcenſio in Capitolium, ſaltatio voluntatis declaratio, &c. vel ſaltem ab alio non eâdem felicitate confici poteſt, ut ita induſtria perſonæ ab initio electa, & in eâ totum negotium radicatum fuerit. Iſtiusmodi ſcil. conditiones ab ipsâ perſonâ, in qvam collatæ ſunt, impleri oportet. Ea ſi moritur, moritur unà & deficit conditio. Utut enim in his qvoqve obligationem, ſi modo ullo aliqvando naſcitura ſit ad heredes ſuos, transmittere voluerint contrahentes; natura tamen harum conditionum non ſinit, ut jus eas implendi transſeat, aut ut ab alio præter contrahentē impleantur. Goedd. *de ſtip. c. 9. n. 195. ſeq.* At in reliqvis, qvæ vel opus aliqvod & ἀποτέλεσμα poſt ſe relinqvunt, qvale eſt e. g. in conditione, ſi aliqvid detur, ſi inſula fiat: vel certi individui induſtriam principaliter non reqvirunt, non tàm perſonam, qvàm opus qvod remanet, ſpectaſſe contrahentes videntur, adeòqve tùm nihil refert, qvis det vel faciat, modo detur vel fiat, qvod dari fieri convenit *l. ult. de con. inſt.* Vid. Hillig. *in Donell. 15. c. 12. C.* Johan. Bapt. Coſta *de Retrotract. c. 8. caſ. 31. n. 16.* Petr. Coſtal. *ad l. 15. de in diem add.* Arum. *exerc. 13. n. 6.* Galganett. *p. 2. c. 1. q. 9. 10.* Bachov. *ad Trentl. diſput. 27. th. 6. lit. E.* M. Anton. Peregrin. *de fideicomm. art. 16. n. 125.*

CXL. Hæc tamen diſtinctio inter facta, qvæ nullum & qvæ aliqvod poſt ſe relinqvunt ἀποτέλεσμα, non videtur procedere, qvoties in & cum perſonâ tertii alicujus extra contrahentes implenda eſt conditio. Et qvid verò tùm opus eſt? De transmiſſione enim cùm loqvimur, utiqve contrahentes tantùm perſonas intelligimus, ad qvarum heredes transmitti conditio poſſit, non etiam extra has tertiam aliam, cujus forte an nihil intereſt, & qvæ ſe habet tantùm inſtar objecti, in qvo terminetur conditio. Sic igitur qvando ſtipulatus fuerim à Titio decem, *ſi Mævius Conſul aut pubes factus fuerit,*

aut

aut Capitolium adſcenderit, aut inſulam ædificaverit, & Mævius anteqvam aliqvid horum fiat, moriatur, etſi in herede ipſius conditio exiſtere & impleri qveat, tota tamen inutilis redditur ſtipulatio. Vid. Hillig. *in Donell. 15. c. 12. A. p. 1296.* Si verò ipſe Mævius Conſul aut pubes factus fuit, aut inſulam ædificavit, dubium non eſt, heredes Titii ipſo defuncto teneri, qvia ſcil. tum conditio extitit, & Titius non pro ſe tantùm, ſed etiam pro heredibus contraxit.

CXLI. Regula II. *In ultimis voluntatibus conditio ad heredes eorum non transmittitur, in qvos collata eſt.* Sic enim exſpirat & extingvitur non inſtitutio tantùm, ſed & ſubſtitutio, legatum qvoqve & fideicommiſſum, qvando prædeceſſerit ante conditionis exiſtentiam honoratus *l. 59. §. 6. de her. inſt. l. 47. de vulg. & pupill. l. 65. §. 1. de leg. 1. l. 59. de cond. & dem. l. 42. de O & A. l. un. §. 7. C. de cad. toll.* Ratio videtur eſſe, qvia Teſtator non præſumitur heredibus heredis aut legatarii proſpicere voluiſſe, utpote qvi magis ex legis diſpoſitione & fortuitò, qvam ex judicio Teſtatoris ad ſucceſſionem veniunt *l. 8. §. ult. de vulg. & pup. l. 6. de leg. 3.* E diverſo ſi dies fideicommiſſi legati ceſſit vivente legatario, legatum tranſit ad ejus heredem, etiam tunc in rerum naturâ non exiſtentem per text. clariſs. *l. 21. C. de fideicomm.* Vid. Hortenſ. *ad §. ſi ita, J. de V. O.*

Et tantùm non qvidem pro materiæ dignitate, ſed temporis & chartæ anguſtiâ, ingeniiqve tenuitate protuliſſe ſufficiat. Finem faciat ſolennis illa Beatiſſimorum Martyrum formula.

DEO GRATIAS.

Digitized by Google

DISSERTATIO UNDECIMA.

Ad

L. SI QVIS. II. DE POLLICITAT.

ubi de

VOTIS,

Autore

D. VVILHELMO LEISERO,
hodiè Prof. Witteb.

Pro Gr. Jehn.

Anno 1657.

TEXTUS.

L. II. DE POLLICITATIONIBUS.

ULPIANUS L. IV. DISPUTATIONUM.

Si qvis rem aliqvam voverit, voto obligatur: Qvæ res perſonam voventis, non rem, qvæ vovetur, obligat: Res enim qvæ vovetur ſoluta qvidem liberat vota, ipſa verò ſacra non efficitur.

I. *Voto autem patresfamiliarum obligantur, puberes, ſui juris: filius enim familias, vel ſervus ſine patris dominiqve auctoritate voto non obligantur.*

II. *Si decimam qvis bonorum (al. ſuorum) vovit, decima non prius eſſe in bonis deſinit, qvam fuerit ſeparata: Et ſi forte, qvi decimam vovit, deceſſerit ante ſepoſitionem (al. poſitionem) heres ipſius hereditario nomine decimæ obſtrictus eſt: Voti enim obligationem ad heredem tranſire conſtat.*

CAP. I.

Digitized by Google

CAP. I.

PRÆMISSA.

Occaſio ſcriptionis. Congenitus homini Numinis cultus: unde preces; & Vota. Horum uſus non magis aliis gentibus, qvàm Romanis & publicè frequentatus, & privatim familiaris; Iſraelitis praeceptus; primis Christianis cognitus; noſtratium quoq; doctrinâ non improbatus.

I.

CUm ex more & ſtatuto Nobiliſſimi JCtorum Collegii conſcribendæ mihi Theſes eſſent, de qvibus diſputarem publicè; memini eqvidem, qvam cauſam in illis tractare me velle, pollicitus nuper è cathedrâ fuerim. Et feciſſem ſanè, niſi graviſſimis admonitionibus interpellatus, ſatius duxiſſem, deſiſtere ab inſtituto, & aliò dirigere curſum. Nunc fidem meam accuſent alii licet: certè, nemo doctus unqvam mutationem conſilii inconſtantiam dixit eſſe; qvod ille obſervavit. Argumentum ſcriptionis *L. ſi quis rem. II. D. de Pollicitat.* feci; vix aliam ob cauſam, qvàm qvod ſub rejectionem prioris novum qværenti primum hoc occurrerit. Neqve tamen minus dignum proinde judico, qvo dies colloqvii ducatur: ſive, qvod pauci hactenus de eâ retractationem ex jure civili inſtituerunt; ſive, qvoniam Supremi Numinis honorem ob oculos ſibi ponat neceſſe eſt, qvi rectè de VOTIS ſentire volet: id qvod majus eſt, & primo loco nominari oportebat.

II. Nempe unicuiqve Numinis Notitias innaſci, ex Epiſtolâ S. Pauli ad Rom. Theologi probant; nos verò in limine Digg. *L. Veluti 2. de J. & J.* religionem ergà Deum hominibus communem eſſe legimus. Nullum qvidem extra Eccleſiam ſalvari novimus *Cap. I. verſ. una verò extr. de S. Trin.* omnes tamen religione moveri, *Cic. in Verr. Act. IV.* & perſvaſum ſibi habere, proſpera evenire colentibus Deos, adverſa ſpernentibus *Liv. lib. V.* Itaqve in reverentia Numinis maximus gentium conſenſus: circa modos verò colendi Deum variè, pro diverſis populorum inſtitutis, diſſenſum; niſi qvod preces & vota in illis ubivis ferè recepta fuere, qvoties aut expetenda gratia eſſet, aut pœna deprecanda; nam

Flectitur iratus voce rogante Deus.

apud Livium leguntur, & in illis ad teſtandam temporum frugalitatem memorandum L. Papirii Cos. qvi cum Sabinis prælium commiſſurus in ipſo diſcrimine vovit Jovi Victori, *Si viciſſet, poculum mulſi, priusqvam temetum biberet, ſe ei eſſe facturum.* Idem *Lib. X.* Hic Imperatorum vovendi mos pro religione cujusqve initio arbitrarius, adeò invaluit poſteà, ut Coſſ. & Prætores, cum in provincias proficiſcerentur, niſi pro ſuo & P. R. ni Imperio vota nuncupaſſent prius, id illis probro datum fuerit. Cic. *Phil. V. in Verr. V. &c.* Ipſa qvoqve R. P. ea voto obſtricta, & bello Punico ſecundo Prætor C. Attilius Serranus poſt fuſum exercitum Romanum ad flumen Trebiam, juſſus vota ſuſcipere, *ſi in decem annos* R. P. ea *eodem ſtetiſſet ſtatu*, apud *Liv. Lib. XXI.* legitur. Planè, ne nunqvam non qvaſi pepigiſſe cum Diis de ſui conſervatione R. P. videretur, Cenſores condendis ſingulis luſtris vota Diis nuncupare, *ut populi Rom. res incolumes ſervent*, ſoliti fuere: qvæ proximo luſtro ſolverent, ſimulqve in ſeqvens nova iterum ſuſciperent. *Valer. Max. Lib. IV.* Poſtqvam omnia diſcordiis civilibus feſſa nomine principis ſub imperium Auguſtus accepit, vota hæc pro R. P. ea ſuſcipere Imperatorii muneris, qvoties luſtrum conderent, effectum. *Sueton in Aug. C. XCVII.* Et primo qvidem Imperii cujusqve luſtro condito qvæ in proximum ſuſcipiebantur, *decennalia*, atqve hâc ratione *vicennalia, tricennalia*, in antiqvis numiſmatô inſcriptionibus dicta fuiſſe docet Franciſc. Connan. *Comment. Juris civ. L. V. cap. 9.* ex Nazario *in Paneg. Conſtantini*, cujus verba hæc: *Quintum decimum Annum maximus Princeps Imperii degit, ſed auguramur iam vicennalia, & venturi fidem ſuperiorum felicitate ſentimus:* additqve Connan. de ſuo: *nam decimo quinto anno imperii eius celebrabantur vicennalia, qvibus futuro luſtrô bene precarentur.* Sed fallitur certè in hoc: Qvod ſi enim illa fuerit ratio appellandi *vicennalia, tricennalias* tùm decimo & viceſimo imperii anno *qvindecennalia & viginti qvinqvennalia* celebrata qvoqve fuiſſe oporteret: de qvibus tamen nihil memoriæ proditum. Vix felicior eſt horum verborum *Tiraqvelli* interpretatio *Annot. in Lib. III. Genial. dier. Alex. c. 22.* ac ſi non vota fuerint, ſed potiùs celebritates qvædam, qvæ forte viceſimo & triceſimo Imperii anno peragerentur. Nam vota fuiſſe ex numiſmatis pluribus, qvæ exhibuit le ſieur Guillaume du Choul in *Lib. de la*

Digitized by Google

Religion. des anciens Romains, apparet. Unum ex illis, cum effigie Imperatoris Antonini Pii imaginem Sacerdotis thus adolentis, & inſcriptionem habet, *vota ſuſcepta XX.* Crediderim itaqve cum Roſino *L. V. cap. 22.* hâc in parte faciendum, qvi ex Dione ludos Decennales ab Auguſto, (is decimo ſemper anno Imperium populo reddere, & qvaſi rogatus in aliud decennium confeſtim iterum ſuſcipere ſolebat:) inſtitutos aſſerit. Hunc ſeqvuti poſteriores Imperâtores, ipſi qvoqve ſingulis decenniis feſtum pro Imperii renovatione egerunt. Dio *L. III.* ac vota, ut fidem faciunt fragmenta ſolutis prioribus, in alterum decennium ſuſceperunt Hinc Adolph. Occo *in Numiſm. Impp. Roman. ſub M. Aurel. Antonino Philoſ. p. 288.* nummum refert cum figurâ Veſtæ ſacrificantis coram arâ & Inſcript. *Vota ſuſcepta Decem. II. Coſ. III. SC.* & paulò antè ejusdem Imperatoris alium cum Inſcript. *Vota ſol. Decenn. Coſ. III.* Sed cum Connan. nos perſeqvimur, à viâ ipſi aberramus, in qvam nunc regredimur. Vidimus Principem pro R. P. câ vota ſuſcepiſſe: itaq; dicendum ſeqvitur, viciſſim *populum pro ſalute Principum & propter illos pro æternitate Imperii vota nuncupaſſe. Plin. in Paneg.* qvibus tertius poſt Cal. Januar. dies ſtatus qvotannis erat; *Gaius JCtus in L. ſi calvitur. 233. §. 1. de V. S.* Diem illum ob id *vota* appellatum opinatur Vir de re literariâ dudum opt. mer. Cl. Buchnerus, *in Not. ad Plin. Epiſt. 44. Lib. X.* & in eam rem verba Vopiſci *in Tacito* adducit, ubi ita: *Divorum templum fieri iuſſit; in qvo eſſent ſtatuæ principum bonorum, ita ut iisdem Natalibus ſuis, Parilibus, Kalendis Januariis, & Votis libamina ponerentur.* Imò feſtum hunc diem abſolutè VOTA dictum fuiſſe. *Can. 62. Append. Concilii Conſtantinopolit. VI. Anno 688.* in Trullo celebrati clarè oſtendit: qvo prohibuerunt Patres Concilii ne qvis Chriſtianorum de cætero τὰ λεγόμενα Βοτὰ agitaret. Videatur judicioſiſſimus Thom. Reineſi. *Variar. Lect. Liber* II. *Cap.* 4. qvi Theodorum Balſamon. exagitat, qvod ignorantiâ conſvetudinis Romanæ τὰ Βοτὰ Panis feſtum eſſe explicaverit. Cæterùm horum locorum argumento dicendum qvoqve videtur, aliam ab hâc & diverſam plane ſolennitatem fuiſſe, qvâ ipſius Calendis Januariis non pro publicâ & Principis tantùm, ſed pro ſuâ etiam qvisqve & amicorum ſalute vota concipere, ſacrificia peragere, ſibi invicem futuri Anni felicitatem miſſis ſtrenis ominari Romani ſolerent.

Digitized by Google

rent. Nam ritum ſacrificandi illo die, à Numa Rege inſtitutum fuiſſe, Lucianus *in Pſeudol.* author eſt: & Symmach. *Lib. X. Ep 28.* ab exortu pene urbis ſtrenarum uſum adoleviſſe, auctoritate Tatii Regis, qvi verbenas felicis Arboris ex luco ſtrenuo anni novi auſpices primus acceperit. Profectò everſa R. P. câ ſtetiſſe morem, ut ipſis Calendis Januar. ſtrenas invicem mitterent, multis teſtimoniis comprobari poteſt. Cumqve Auguſtus qvoqve eas ſibi offerri paſſus eſſet, *Dio Lib. LVII.* Caligula autem ſtetiſſet in veſtibulo ædium Kal. Januar. ad captandas ſtipes, qvas plenis ante eum manibus omnis turba fundebat, *Sveton. in Caio cap. XLII.* mos ille in aurum obruſum vel ad obruſam converſus eſt, ut cenſet peritiſſimus antiqvitatem Romanorum Gutherius *Lib. IV. de Vet. Jure Pontif. cap. 13.* Atqve hæc videntur communia illa vota eſſe, qvibus felicem annum aperiri *in L. Un. C. de oblat. Votor. Lib. 10.* Impp. Arcad. & Honorius dicunt.

VI. Qvæ hactenus commemoravimus Romanorum vota, *publica* fuere: non pauciora forte de *privatis* addere poſſemus, niſi meminiſſe nos oporteret, LLum non Antiqq. Romanarum explicationem propoſitam nobis eſſe. De illo ſatis convenit inter omnes, nullam majoris rem momenti incepiſſe Romanos, qvin vota pro ſucceſſu ejus & eventu ſuſceperint. Sic in nuptialibus Sacris vota fieri ſolita, hincqve prima & ſecunda vota pro nuptiis uſurpata notat & explicat Gutherius in Libro ſuprà laudato *IV. Cap. 6.* Qvo item intellectu votorum vocabulum Juri noſtro incognitum non eſt: *L. ſi pater. 4. C. de Sponſal.* & alibi multoties: videturqve hæc à Guthe:io allata, nuptias votorum nomine appellandi, ratio præferenda illi alteri, qvam Calvinus *in Lex. Jurid.* habet, qvod in nuptiis contrahendis fiant ultro citroqve promiſſiones. Plura de *privatis* votis, qvi volet, Briſſon. *Lib. I. de formul.* adeat: qvi inter alia votum Virgilii pro Æneide ſuâ Veneri nuncupatum refert; ſi abſolverit ſuſceptum munus, non thure modo aut ſertis, ariete & tauro, ſed pictâ qvoqve tabellâ perſolvendum. Namqve Tabellas has freqventi voventium in uſu fuiſſe, argumento eſt illud Tibulli *Lib. I. Eleg. 3.*

Nunc Dea, nunc ſuccurre mihi; nam poſſe mederi
Picta docet templis multa *Tabella* tuis.

Tabellis

Tabellis his titulum ſubſcribi ſolitum illud Ovidii *Lib. II. Amor. Eleg. 13.* docet:

Ipſe feram ante tuos, munera *vota*, pedes.
Adjiciam *titulum. Servata naſo Corinna.*

Fallor an id eſt, qvod hodieqve inter Pontificiæ perſuaſionis homines, maxime in Italiæ partibus ſervari novimus, ut à morbis aliisve malis liberati, aut poſt periculoſa ſoſpites, pictis tabellis Sanctorum ædes exornent? qvibus adjectum titulum legiſſe me memini, *per grazia Ricevuta.*

VII. Poſt *infidelium* Vota, qvomodo *fideles* ſe geſſerint, exponendum nunc eſt. Horum complura vota in Veteri Bibb. Codice occurrunt, Nazarænorum *Num. VI. v. 2.* Davidis, *Pſ. LXVI. v. 13.* Rechabitarum *Jer. XXXV. v. 6.* Jonæ *Jon. II. v. 10.* & aliorum, de qvibus Cap. XXX. Num omninò legendum. Sed ea in V. T. plerumqve partem cultus divini, in N. T. non præcepti, fuiſſe Theologi noſtrates judicant: Balduin. *Caſib. conſcient. cap. VIII. Caſ. I.* Plane ante legem per Moyſen ad Iſraelitas latam, Jacob templum Deo & decimas voviſſe ſcribitur: *Gen. XXVIII. v. 22.* Notat tamen pl. Rev. D. Langius in *Diſp. de Vot. Chriſtian. Th. XI. n. 132. Jacobum Patriarcham, ut Prophetam, ex ſpeciali Dei revelatione intellexiſſe, hos actus ipſi placere: Longè aliter nobiscum comparatum eſſe, qvi ſpeciali revelatione deſtituamur.* Certè priſcos Eccleſiæ Patres prohibuiſſe Chriſtianos, ne rumperent vota, qvæ ſuſceperant, negari non poteſt. Confer *Joh. Chryſoſt. ad Pſ. XLIX. S. Auguſt. Ep. XLV.* Et neſcio, an hûc faciat, qvod Chlodoveum I. Francorum Regem in prælio cum Alemannis inito, cum aciem ſuorum inclinatam jam videret, ſe unà cum Exercitu Chlotildis uxoris Deo voviſſe Hiſtorici ſcribunt. Namqve mutatâ ſubito fortunâ victoriâ ipſum potitum, atq; ex eo abjecto Idolorum cultu Chriſtianiſmi ſacris initiatũ memoriæ proditũ eſt. Greg. Turon. *Lib. II. Cap. 31.*

VIII. Qvantum ad noſtram Eccleſiam attinet, cum in N. T. nullum de eâ re mandatum aut exemplum habeamus, conſentiunt omnes, Vet. Teſt. *Ceremonialia* cum Sacerdotio Levitico in Veteri Teſtamento defeciſſe. De *Moralibus* verò hæc B. Lutheri *in Cap. XXVIII. Geneſ.* verba ſunt: *Hæc ſunt vota charitatis, & ſunt naturalia & perpetua. de qvibus dicitur: Si non voveris abſq; peccato eris, ſin autem voviſti*

viſti redde *Non ſumus obligati, nec cogimur ad certum modum vel præſcriptum voti. Sed, ſi miniſtri Eccleſiæ non aluntur, tâm votum hoc ſit naturale & morale præceptum, ut adjuvemus ſinguli ſuo loco conſervationem miniſterii.* Verba illa ita explicat B. Chemnit. *Exam. Conc. Trident. de Cœlibat. & virgin. Cap. VII. Lutherus in 28. caput Geneſis vocat vota moralia, quæ alioqvi opera neceſſaria & mandata ſunt omnibus hominibus: Nec tamen in N. T. præſcriptum eſt, ut peculiari aliqvâ ſolennitate voveantur. Ipſa verò moralia mandato Dei non ſunt alligata ad certum modum ſeu præſcriptum, ſive ad certas circumſtantias qvantitatis, perſonarum, temporum, locorum, &c. Et in illis liberis circumſtantiis, quod ex hilaritate ſeu promptitudine ſpiritus rectè ſit, illud, ſi pio propoſito, ſine ſuperſtitioſis opinionum appendicibus Deo promittatur, non eſt impium, ſed ad moralia vota, ſi ita appellare libeat, pertinet.* Eôdem modo Lutherum explicat B. Gerhardus *in Loco de Coniugio cap. X. ſ. I.* & addit porrò: *Talis promiſſio atq; obligatio fit in fœdere Baptiſmi. Præter hoc GENERALE votum, ſi qvis Chriſtianus ad peccata cautius vitanda, ad veterem hominem arctius conſtringendum, ad vocationis officia diligentius expedienda, adeoq; ad gloriam Dei & hominum ſalutem eò melius promovendam ex ſpiritu diſcretionis votum aliqvod SPECIALE ſuſcipiat, non peccaverit, modo id fiat absq; ſuperſtitione & absq; opinione neceſſitatis, cultus, meriti, ſatisfactionis, &c. modo etiam id, qvod vovet, non pugnet cum voluntate in verbo revelatâ, nec excedat vires divinitùs conceſſas, nec oppoſitum ſit Chriſtianæ libertati, nec cum ſcandalo infirmorum conjunctum, &c. deniq; modo talia vota temerè cum nominis divini abuſu non multiplicentur.* Et ita qvoqve ſentiunt B. Gravver. *Prælect. in Aug. Confeſſ. Part. II. Abuſ. 6.* & B. Balduin. *loco ſupra adducto.*

IX. Hæc eò monenda fuere, ne qvis forte exiſtimet, nos de cathedrâ Juridicâ rem propugnare, cujus uſus è ſuggeſtibus damnari ſoleat. Imposterum verò ea dicturi ſumus, qvorũ uſus in judiciis, ſi de *Obligatione* votorum qværatur, eſſe qveat: ad qvam tractationis partem, præmiſſis his nunc transgredimur.

CAP. II.

GENERALIA
De
OBLIGATIONE VOTI.

Ex propoſito, quantumvis ſimpliciter enunciatio, obligationem nullam neƈti, niſi voluntas cum voluntate concurrat: quod quando fit, promiſſor fidelitatis ergò verbis ſtare tenetur. Num ex Juſtitiæ quoque regulâ ad idem conſtrictus ſit? dubitatur. Difficultates in hâc re & diverſa ſentientium opiniones. Oſtenditur tamen ex Juſtitiâ eum obligari, quando alter promiſſum acceptavit: & Meſtertio reſpondetur. Conventiones non omnes actionem in foro Romano præbere: ſed ſolùm habentes cauſam ac veſtitas, dictas legitimas, in quibus VOTUM numeratur.

I.

PRima L. nobis propoſitæ verba ſunt: *Si qvis rem aliqvam voverit, voto obligatur.* Unde neceſſe eſt, ſtatim de Voti obligatione aliqva dicamus; qvod commode fieri haud poteſt, niſi omnem promiſſionum vim & efficaciam ſimul explicemus: Rem difficilem & obſcuram ſane; valde tamen utilem ob qvotidianam promittendi conſvetudinem, & Philoſophorum non minus, qvàm JCtorum commentationibus imprimis tractatam. Initio ſciendum eſt, convenire JCtis cum Philoſophis in eo, qvod *promiſſionem à propoſito* ſeparandam utriq; cenſent, & illi, qvi propoſitum habet faciendi aliqvid, liberum eſſe, omittere illud, ſi ita viſum fuerit. Nam ut rectè Hugo Grot. *de J. B. ac P. L. II. C. 11. n. 2.* habet animus humanus non tantùm naturalem potentiam mutandi conſilium, ſed & Jus. Qvanqvam enim, qvi propoſitum mutat, *conſtans* forte dici non mereatur, illud tamen delibatis poſt lapſum generis noſtri viribus humanis, & , ut Poeta loqvitur, premente Deo caliginoſâ nocte futura, adeò ut id, qvod in præſenti expedire videbatur, mox nociturum appareat, condonandum ipſi facilè eſt: Ita è Moraliſtis Cardinal. Joan. de Lugo *de J. & J. diſp. XXIII. sect. 1. n. 1.* è noſtris Henr. Zoeſius *ad tit. X. de Voto n. 4.* cum qvo tamen in eo, qvod illum, qvi propoſitum tantùm habet aliqvid faciendi, non habere *voluntatem* dicit, ſentire non poſſumus:

Donec

Donec enim conſtituerit qvispiam cum voluntate ſuâ facere aliqvid, deliberatio potius qvàm propoſitum erit. Petr. Gregor. Tholoſ. *Lib.* III. *Partit. Jur. Can. tit.2. cap.1.*

II. Porrò ab eo, qvi propoſitum habet, parum differt ille, qvi propoſitum tale ſuum verbis *ſimpliciter enunciat.* Is enim qvi dicit v. c. *Ego nunc habeo propoſitum dandi centum Cajo, nequaqvàm id alteri promittit*; &, qvoniam in illâ cogitatione perſeverare non tenetur, qvod jam oſtendimus, id qvoqve dixiſſe impune habebit. Grot. *loc. cit.* Obſervet ſaltem hic talis, ut verba proferat conſona menti; namqve id fieri virtus moralis veritas, qvam in hâc ſpecie cum Thoma *veracitatem* appellant, jubet: qvod, qvi non facit, vitium veracitati oppoſitum, *mendacium* nempe, incurrit Ludo. Molin. *de J. & J. Tract. II. diſp. 262. n.3.*

III. Qvod ſi ulterius progrediaris, & cum *voluntate* hâc Titii, dandi Cajo centum, Caji *voluntatem* qvoqve *concurrere* facias, tum *promiſſionis obligatio* inde oritur, qvod vel vocabuli vis oſtendit. Nam à ligando atqve vinciendo verbum obligare deducitur, propoſitione *ob* augente verbi ſignificato. Id verò cum propriè ad res corporales pertineret, ab iis ad incorporales translatum & beneficiis obligare aliqvem dici cæptum, tandem ſenſu juridico contractibus qvoqve accommodatum fuit. JCtus Celeberr. Dn. Joan. Otto Tabor. *Partit. Element. part.* III. *Sect.3. Th.6.*

IV. Cæterùm ex promiſſione ſuâ unumqvemqve obligari, duplici tamen modo; ſtatuunt Moraliſtæ. Nam ut impleat factis, qvæ verbo promiſit, vel *ex honeſtate morali* tantùm, qvæ fidem dictis nos addere jubet, vel *ex Juſtitiæ* qvoq; *regula*, qvæ alteri ſuum tribui vult, qvisqve tenetur. Priorem obligationem *fidelitatis*, alteram *Juſtitiæ* dicunt. Molin. *loc. cit.* Et ſanè concedendum eſt Joanni de Lugo *loc. cit. ſect. 6. n.92* longè aliud eſſe, ſi qvis dixerit: *Ego propoſitum habeo dandi Tibi centum, ac peto à Te, ut mihi credas*: ab eo ſi dicat, *Promitto Tibi centum*. Nam prior ille ſaltem fidem ſibi haberi ab altero petit, nihil verò juris in eum transfert, qvod à Grotio qvoqve animadverſum *loc. cit. n.3.* Ne tamen Perfidus audiat, operam det, ut dictis ſuis facta conformet, de qvo virtus moralis illa præcipit, qvæ, ſpecies veritatis, *fidelitas* appellari fortè poteſt: Ciceroni *fides L. I. de offic.*

Digitized by Google

ubi eam definit, eſſe *dictorum conventorumqve conſtantiam & veritatem*.

V. Hæc hactenus expedita; difficultas in eo eſt, qvomodo ex Juſtitiâ obligatus qvis ob promiſſionem ſuam dici poſſit: Nam, ut omnes illi ex Thoma II. *2. quæſt. 57. art. 1.* ſcribunt, Juſtitia, maximè commutativa, (qvæ ipſis propriè Juſtitia dicitur, & ad qvam omnem hanc tractationem referunt, *LUGO, part. 1. diſp. 1. ſect. 3. Lib. cit.*) *Medium* reqvirit, nempe *Jus alterius*, (qvod unicam juſtitiæ hujus regulã eſſe dicunt) ita ut *illud ſit medium Juſtitiæ, qvod creditũ cum debito æquale facit*, v. c. Mutuò data ſint 10. illa ipſa 10. medium ſunt, qvæ creditoris ſubſtantiæ acceſſerunt, & viciſſim ſoluta à debitore æqvalitatẽ iterũ reducunt. Tale autem qvid non videtur ſolutionibus ex promiſſione ineſſe: nam is, qvi 10. promiſit, ſi ſolvere illa cogatur, 10. illa bonis ſuis detrahere, atqve promiſſarii ſubſtantiæ adjicere debet, qvâ ratione inæqvalitas potiùs, qvam æqvalitas inducetur. Neqve ſufficit ad obligationem ex juſtitiâ conſtituendam, qvod alteri facta eſt promiſſio: nam in *propoſito* qvoqve *ſimpliciter enunciato*, de qvo ſupra *Th.* II. & in illâ oligatione, qvam ex *fidelitate* eſſe *Th. IV.* oſtendimus, alter reſpicitur, & nulla tamen juſtitiæ obligatio inde oritur: ſed æqvalitas & medium illius attendenda ſunt, qvæ non facile hîc apparent. Neqve te expedias ex hâc difficultate, licet cum JCtis melioribus dicas, Jurisprudentiæ finem non particularem modo, ſed univerſalem etiam Juſtitiam eſſe. Nam animadvertere licet, illos ipſos promiſſionum cauſam ad particularem Juſtitiam redigere: unde Conſultiſſ. & ampliſſ. Dn. Georg-Adamus Struvius illam obligationem naturalem minus plenam, qvâ ob beneficium acceptum ad *ἀντιδώρα* tenemur, de qvâ in *L. ſed & ſi 25. §. conſuluit enim. D. de petit. hered.* ex numero obligationum propriè dictarum ideò aufert; qvoniam ad juſtitiam commutativam non ſpectat, *Syntagm. Jurisprud. Exerc. VI. Th. 11.*

VI. Motus his difficultatibus Cajetan. ad II. *2. qv. 113. art. 1.* promiſſiones ſimplices ex honeſtate morali ſaltem, non verò ex juſtitia obligare ſcripſit. Longius progreſſus eſt Connan. *Lib. 1. Comment. Jur. Civ. cap. 6. it. L. V. cap. 1.* & illas qvoqve promiſſiones, qvæ cauſam qvidem habent, ex qvibus tamen nihil adhuc præſtitum ſit, naturalem

turalem oligationem non patere, ſed pro lubitu promiſſorem illarum pœnitere poſſe aſſeruit. Verba ipſius de emptione venditione *tit.C.6.* hæc ſunt: *Quid enim? vendidi rem meam tibi; dictum eſt precium, perfecta eſt emtio populorum omnium iure, nec poſſum iis authoribus ab eâ recedere. At mihi dat naturæ bonitas pœnitentiæ locum; prohibet etiam & vetat, ne me nolentem adigas; cum venderem, putavi ſic mihi opus eſſe; cognito errore, mutavi conſilium: quod meum peccatum eſt, aut in quo natura Legem violo, ſi te nullam in fraudem induxit venditio mea.* Connanum ſeqvutus eſt Mæſtertius Lugdun. Prof. *Lib. I. de Juſtitiâ Rom. Leg. Dubit 33.* ſed verbis magis qvam ſententiâ, (ob ſingularitatem opinionis credo,) qvod ex dicendis patebit.

VII. Verum opinio hæc, imprimis Connani illa, non ſaltem expreſſis Legibus Juris noſtri oppoſita eſt, ſed maximæ etiam injuſtitiæ LL. Romanas & gentium inſimulat. Namqve ſi promiſſionibus illa vis à natura non eſt, ut præſtetur re ipsâ, de qvo verbis convênit; tùm non ſatis cauſæ ſubeſſe videtur, cur LL. civiles tot promiſſionibus neceſſitatem præſtandi addiderint, atqve promiſſores jure ſuo pœnitendi in illis privaverint. Manifeſtum hoc per exemplum pacti de donando, cui per L. *ſi qvis 35. C. de Donat.* addita eſt neceſſitas præſtandi rem promiſſam, evadit: ex qvo, ſi nullum jus ad promiſſarium tranſiiſſe ponamus, injuſtus L.lator ſit oportet, qvi nudis promiſſoris verbis tàm gravem pœnam impoſuerit, & additâ neceſſitate præſtandi, ei rem ſuam, qvam retinere poterat, auferri juſſerit. Qvantum ad Juris textus attinet, qvibus cum pugnare aſſertionem Connani diximus, ex illis maximè ad cauſam noſtram facere videntur, qvi generaliter loqvuntur, qvalis eſt L. *ſtichum 95. §. 4. D. de ſolut.* qvæ naturalem obligationem *in ſola æqvitate* conſiſtere docet: *Æqvum* autem eſſe, ut illa, qvæ inter homines *placuerunt*, ſerventur, aſſerit L. *I. pr. D. de pact.* Sic in L. *cum amplius 84. D. de R. J.* Paulus JCtus eum naturâ debere ait, qvem jure gentium dare oportet, *cuius fidem ſeqvuti ſumus.* Non poſſumus autem non videri fidem alterius ſeqvuti, qvoties aſſerenti & promittenti illi credidimus, aut aſſenſum noſtrum acceptatione promiſſionis manifeſtavimus. Atqve harum Legum verba adeò generalia ſunt, ut vim illis facere videatur, ſi qvis ea cum Connano de illis promiſſionibus tantùm, è qvibus jam ali-

Digitized by Google

qvid præſtitum eſt, aut de pactis non nudis, qvod Mæſtertius facit, interpretari velit. Plures Juris noſtri textus, qvibus ſententia hæc oppugnatur à Cujacio ad L. 1. *de pactis*, Weſenbecio *Parat. de Pact. n. 9.* ac Bachovio *ad Treutl. Vol.* I. *Diſp. 6. Th. 9. lit. A.* qvi magno numero illos collegere.

VIII. Qvi Connani argumenta evertere recens aggreſſus eſt, Grotius *de J. B. ac P.* L. II. *Cap. 11.* illud in qvo maximè conſiſtit adverſarius, nempe qvod promiſſa factis implere, non videatur res ad Juſtitiam commutativam pertinens, de qvo nos ſatis latè in *Theſ. V.* aut planè non, aut levi ſaltem brachio perſtringit: cum tamen hæc expreſſa illius *loc. ſup. cit.* verba ſint: *Certè Juſtitia illa generalis*, (ſc. poſtulat fidem datam implere,) *virtutum omnium mater & parens, qvæ deſiderat in omnibus dictis & factis noſtris conſtantiam & veritatem: ſed non ea, qvæ iſtius pars eſt, nimium inter & parum media, qvæ noſtræ ſcientiæ propria eſt.* Videtur autem difficultati huic occurri poſſe ex illis, qvæ Lugo *Diſp.* XXIII. *Sect. 6. n. 91.* tradit; qvod ſcilicet per promisſiones tàm oneroſas qvàm gratuitas Jus ad rem transferatur. Hoc ut intelligatur meliùs, repetendum eſt, qvod ſupra monuimus, obligationem nullam ex ſola promittentis voluntate oriri, ſed neceſſe eſſe, ut promiſſarii voluntas concurrat, qvi concurſus porrò *acceptationem* ex parte promiſſarii addit. Neceſſariam & naturaliter acqviſitam acceptionem eſſe probat accuratè idem Lugo *loc. cit. Sect. 3. n. 38.* qvicqvid aliqvi in contrarium ſentiant, cumprimis Molina *loc. cit. diſp. 263.* In jure noſtro definitio obligationis ab Imp. *pr. J. de Obligat.* tradita, in qvâ *vinculum* eſſe dicitur, L. *abſenti. 10. D. de donat.* & ea, qvæ *Th.* III. diximus, ad hanc rem ſufficiant. Cum itaqve per acceptionem aliqvid tranſire ad acceptantem ex naturâ vocabuli pateat, neceſſe eſt dicamus, voluntatem promittentis de dando aut faciendo ad promiſſarium tranſiiſſe qvaſi, ita ut illi mutare voluntatem amplius invito promiſſario fas non ſit, qvod naturaliter antea licebat, ut *Th. I.* oſtendimus. Hùc jam accedit, qvod ex Ethicis conſtat, principium humanarum actionum voluntatem eſſe, & illam voluntatis cum actionibus humanis connexionem, ut, qvi voluit agere aliqvid, is, ſi nullâ re impeditus id ipſum non agat, non poſſit non videri voluntatem mutaſſe: v. c. qvi edere vult, is, ſi paratis dapibus

bus, neqve aliqvâ re impeditus non edat, voluntatem mutaverit neceſſe eſt: Hoc itaqve modo, qvi voluntatem ſuam per promiſſionem ad alterum tranſtulit, ſimul jus ad rem ad eum tranſtuliſſe dicendus eſt: & voluntatem illam, niſi auferendo alteri jus ſuum, mutare non poteſt. Atqve ſic Connani fundamentum ex ſe corruit.

IX. Cum Mæſtertio facilius tranſigere poſſemus, ſi loqvi ex uſitato JCtorum more voluiſſet. Nunc tantùm abeſt, ut cum Connano, qvem ex promiſſionibus, *non nudis* qvoqve, naturalem obligationem nullam concedere *Th. VII.* docuimus, ipſi conveniat, qvod præ ſe qvidem fert, ut contra ea omne pactum deliberato animo initum non naturalem tantùm, ſed civilem etiam obligationem & actionem producere Mæſtert. ſtatuat. *Lib. cit. Dub.* XXXI. Dum verò ex pacto nudo naturalem obligationem non oriri aſſerit, neqvaqvam id illi pactum nudum dicitur, qvod reliqvis JCtis: nempe à *cauſâ* h. e. *negotio civili, ſeu tali qvod propter utilitatem ſuam in civitatem receptum fuerit, & ad actionem confirmatum,* nudum: uti hoc verbum explicat Dn. D. Tabor *in Jurisprud. Method. part.* III. *ſect.* 3. *th.* 40. Verùm illud ipſi *dubit.* XXXIII. *p.* 113. à causâ nudum pactum eſt, qvod ſerio & deliberato animo non fuit initum: atqve ex tali pacto obligationem nullam oriri, forte nemo Interpretum cum ipſo pugnaverit, qvos tamen omnes ſibi contrarios fingit. Certè id jam ante eum Grotius docuit *loc. cit. n.* 4. Qvod autem Mæſtertius pactum illud omne qvoad naturalem obligationem nudum, h. e. deliberato animo non initum eſſe dicit, cui nullũ adſit ex iis animi deliberati ſignis, qvæ Jus Gentium agnoſcit, id ſanè argumento hoc non evincit. Qvid enim, ſi aliæ qvoqve gentes idem ſenſiſſent qvod Romani in ſtipulatione introducendâ, & ex pluribus animi deliberati ſignis, aliqva tantum in R. P. ſuis efficaces eſſe voluiſſent? Porrò neqve illa animi deliberati ſigna, qvæ Mæſtertius *l. c. p.* 113. refert, ſola ſunt, qvæ Jus gentium aut civile agnoſcat. Qvanqvam enim ſigna iſta generalia ſatis ſint, malè tamen facit, qvod non ipſa verba paciſcentis aut promittentis inter ſigna animi deliberati, qvousqve contraria mens probata non fuerit, recenſet. Verbum *à veritate* dicitur: ſic Varro cenſet, teſte Donat. *in Terent.* & *nemo exiſtimandus eſt dixiſſe qvod non mente agitaverit*; ut habet *L. Labeo 7. D. de Suppel. leg.* atqve

cum

cum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quæſtio L. *Ille.25.* D. *de* Leg. III. Neq; aſſertioni huic officit qvod Mæſtertius ex L. *ſciendum.19.de Ædilit.Edict* affert, non omnia, qvæ qvis dixerit, ab eo præſtari debere: It. dictum à promiſſo diſcerni: Dicta in contractibus cenſeri, qvæ verbotenus pronunciantur, nudoqve ſermone finiuntur. Nam & nos idem in Th. II. ſtatuimus, & nemo JCtorum dictum ſimplex pro nudo pacto unqvam vendidit, imo in illâ ipsâ L. *ſciendum.* nuda pollicitatio non ad dictum ſed ad promiſſum refertur. Addi poſſunt textus Juris, qvos in Th. VII. adduximus, & cumprimis L. *Juris gentium.7.*§.4. *D.de pact.* ubi ex nudo pacto, quale in illo loco Mæſtertius ipſe agnoſcit, exceptio tamen datur; qvod iniqvum ſanè eſſet, ſi nulla eo nomine obligatio naturalis orta fuiſſet. Mirè ſe torqvet Mæſtertius in explicatione hujus §. *p.115.* & tandem *p.115.* eum de ſolo illo caſu, qvando ex pacto nudo ſolutio facta eſt, exponit. Qvo caſu exceptionem dari vult, non ex nudo pacto, ſed qvoniam ex facta ſolutione pactum illud deliberato animo initum, adeoqve non nudum fuiſſe poſteà apparet. Verum JCti Ulpiani generalia illa verba de ſpeciali caſu hoc interpretari divinare eſt; imò adhuc ita contra JCtum Ulpianum infertur, non pactionem nudam, ſed ſolutionem demum exceptionem parere. Qvare omittamus hæc talia, qvæ communi qvoqve hominum ſenſu reprobantur, inter qvos, qvantò qvisqve reliqvis præſtare vult, eò magis operam dat, ut dictis ſuis fides ubiqve habeatur; adeò, ut qvi contrariam tueri ſuſcipiat ſententiam, alios admonere videatur, ne loqventi ipſi facile credant.

X. Itaqve fundamento hoc poſito, ex omni promiſſione acceptâ obligationem naturalem oriri, porrò tenendum eſt, *non continuò obligationem illam naturalem ad obligationem & actionem in foro Juris Romani proficere*: id qvod abûnde ex hiſtoriâ progreſſus Juris noſtri patet. Nam actiones certas ſolenneſqve tantum P. R. eſſe voluit. L. *Neceſſarium. 2. §. 6. de Orig. Juris.* Unde, qvia deerant qvædam genera agendi, S. Ælius alias actiones compoſuit & prioribus adjecit. *d.l. 2.§.7.* Acceſſit qvidem Prætorum Edictum emolliendo Juri civili natum, qvod exceptionem ex omni promiſſione acceptâ conceſſit, L. *Jurisgent. 7.§.4. D. de pact.* non verò actionem: Namqve ſic illam

Digitized by Google

illam partem Juris civilis, qvæ Legis actiones appellabatur, uno ictu abrogaſſet, qvod facere Prætor haud potuit *L. Cum ſponſus. 12. §. 4. de Public. in rem Act.* Bachov. *in Comm. de Pact. p. 594.* Imò JCtus Pompon. in *d. l. 2. §. 12.* disertè L. actiones unà cum Edictis Prætorum ſuo tempore, (floruit autem poſt Edictum jam perpetuum redditum, centum circiter annis elapſis:) adhuc viguiſſe ſcribit. Unde iterum non ferendus eſt Mæſtertius, qvi *Lib. cit. Dubit. XXXI.* ex omni pacto deliberato animo inito Jure Romano obligationem & actionem naſci aſſerit: qvam ſententiam ante eum iisdem in terminis Rebellus propoſuit, ut refert de Lugo *Lib. cit. Diſp. XXII. n. 56.* Mæſtertio ſatisfacit Dn. D. Tabor *Juriſpr. Meth. loc. cit. Th. 37.* qvi ſimul *Th. 19.* alios effectus obligationis naturalis, qvos Jus Romanum illi reliqvit, recenſet.

XI. Cæterum ex promiſſionibus acceptatis ſeu *conventionibus* (qvo generali nomine eas deſignat *L. 1. §. 3. D. de pact.*) illas qvidem imprimis ad obligationem & actionem in foro ſuo proficere voluit Jus civile, qvæ *cauſam*, h. e. *negotium civile qvod propter utilitatem ſuam in civitatem receptum fuit*, in ſe habent, qvæ ſpeciali nomine *contractus* dicuntur. Nobiliſſ. & Ampliſſ. Dn. Præſ. *Colleg. Pandect. Diſp. XIII. th. 15.* reliqvas autem non aliter niſi *veſtita* h. e. vel *contractibus adiecta* vel *lege* aliqvâ *confirmata* eſſent. Bachov. *Comm. 6. de Pact. p. 563.* Miſſas faciamus illas, qvæ regulariter actionem aliam non dant, qvàm qvæ ex contractu, cui accedunt, competit Zoeſ. *ad Tit. D. de pact. n. 64.* & ad has accedamus, qvæ *legitimæ* dicuntur, atqve à Dn. D. Tab *loc. cit. n. 36.* definiuntur, qvod, *cum per ſe cauſa carerent, Jure Civili ad actionem producendam confirmatæ ſint*: ubi tamẽ nomine Juris civilis LL. conſtt. & Edicta complectitur. Atqve his qvidem cum Bocer. *Cl. II. Diſp. de Obligat. & pollicit. 1. Th. 41.* *Pollicitationem* illam de qvâ in noſtro titulo agitur; (nempe R. P. æ ex juſtâ causâ factam, veluti ob honorem decretum, aut decernendum, vel ob incendium vel alium caſum, qvem paſſa ſit civitas: *L. 1. §. 1. L. Pactum. 3. L. propter incendium 4. h. t.*) pollicitationi autem, *votum* annumerari poſſe, dicimus.

XII Ubi ſtatim dubium ſuboritur ex illô, qvod nos fundamenti loco ad obligationem tàm naturalem, qvàm civilem ex pro-

 miſſi-

miſſione exſtruenda acceptationem in *Th. IIX.* poſuimus. Cui obſtare videtur, qvod in *L.3 h. ipſo tit. de pollicitat.* dicitur: *pactum eſt duorum conſenſus atqve conventio: pollicitatio verò offerentis ſolius promiſſum.* Grotius *de J. B. ac Pac. Lib.II. cap. 11. n.14.* ut ſe hinc expediat, ex Molina ſcribit, LL. Romanas ſolum vetare, ne tales pollicitationes civitatibus factæ revocentur, ita ut acceptari ſemper poſſint. Contra ea rectè animadvertit de Lugo *lib. cit. Diſp. XXIII. n.42.* neqve Molinam in hâc ſententiâ fuiſſe, neqve ullum fundamentum ejus afferri poſſe. Nam qvanqvam poſſibile fuiſſet Legi civili, jus tale introducere, nullibi tamen L. talem reperiri, qvæ donationes R. Pcæ factas, anteqvam acceptentur, revocari prohibeat. Qvare forſan cum Gomez. *Tom. II. Variar. Reſolut. Cap. 9. n.1.* dici poterit, pollicitatoris promiſſionem non excludere R. Pcæ acceptionem: differre autem in eo à pacto, qvod hoc amplius præſupponat tractatum, & partium altrò citroqve conventionem: ut colligitur ex *L. 1. D. de pact.* & cenſet Picard. *ad princip. J. de P. O.* aut meliùs cum Lugo *loc. cit. n.40.* ipſas LL. loco R. Pcæ, cui facta eſt pollicitatio, eam acceptare, vel pro acceptatâ habere, ſicut exemplum eſt in eo qvi tacet, qvem jura tamen in favorabilibus pro conſentiente accipiunt. Dd. ad cap. *Qui tacet. d. R. J. in 6.*

XIII. Minus dubii hæc res in Votis habet, qvæ Deo fieri ſolent. Is enim cum ſemper præſens ſit, acceptare illa creditur. Unde Tertull. *lib. de Jejuniis. Votum, cum à Deo acceptatum eſt, legem impoſterum facit.* Et gentiles qvoqve;

Eſt profectò Deus, qvi qvæ nos gerimus, auditq; & videt. De qvibus nunc porrò videndum.

CAP. III.

EXPLICATIO PRINCIPII L.

Ad formam voti deliberationem plenam, propoſitum ſeu voluntatem, & promiſſionem, neceſſariò adeſſe debere. An & intentionem adimplendi votum? Manifeſtationem ad convincendum Voti reum in foro civili reqviri. Explicatur L. ſi qvis. 15. C. de S. S. Eccleſ. Videri Romæ, anteqvàm Chriſtianiſmus reciperetur, ex voto actionem civilem com-

lem competiſſe. Vovendi verbum ſolenne. Jus ad rem, quid? Aliqva de rebus ſacris.

I.

POſſent videri, qvæ de promiſſionis obligatione hactenùs diſſeruimus, ſine causâ latè adeò tractata: oſtendent tamen illa, qvæ de forma Voti nunc dicemus, neceſſe fuiſſe, præmittere iſta, qvò hæc intelligi qveant. Tria nempe ad *formam Voti* reqvirunt communiter: *Deliberationem*, *propoſitum*, & *promiſſionem* ſeu obligationem. Tholoſ. *Lib. III. Partit. Jur. Canon. tit. de Voto. 2. cap. 1.* Conſentit Balduin. *de Caſ. conſcient. cap. de Votis VIII. in præmiſ. Deliberationem*, ſive uſum rationis adeſſe debere, ſubtiliter ex eo probat de Lugo *Diſp. 23. n. 16.* qvia homo dominus eſt actionum ſuarum: dominium autem in poteſtate diſponendi de re pro lubitu conſiſtit, Zoeſ. ad *tit. D. de acq. rer. domin. n. 1.* Unde actus hominis voventis, qvi ex uſu rationis ſeu deliberato animo non proceſſit, non poteſt videri à libera poteſtate ſeu homine ſuarum actionum domino profectus eſſe. Plenam deliberationem reqviri, conſentiunt Cann. Martin. Bonacin. *Diſp. IV. ad ſecundum Decal. Præcept. qvæſt. 2. P. 1. n. 3.* & probat de Lugo ex eo, qvod totus homo actionum ſuarum dominus ſit; non poſſit autem videri à toto homine profectum, qvod non plenâ deliberatione ſtatutum ab eo fuerit. An autem calore iracundiæ emiſſum pro plenè deliberato haberi debeat, rectè ex eo dijudicandum cenſet Zoeſ. *ad tit. X. de Voto.* num commotio iſta uſum rationis præpedierit nec ne? Poſſit tamen videri, in dubio præſumendum, defuiſſe debitam deliberationem cum Gl. *in cap. dudum 20. X. de converſ. conjugat.* Et ita ſentit Theologus magni nominis D. Johann. Georg. Dorſcheus *Aphor. Decal. 143.*

II. Secundo loco *propoſitum* ſeu voluntatem reqviri diximus: Unde eum, qvi non habet voluntatem vovendi, neqvaqvam per nuda verba prolata obligari certum eſt: Bonacin. *loc. cit n. 7.* Fundatur enim omnis oligatio in conſenſu interiore, qvo deficiente exterior actus non poteſt dici validus. Zoeſ. *loc. cit. n. 30.* Aliàs graviter peccare, qvi ſine mente vovendi votum emittit, cum Nomen Dei in vanum aſſumat, qvilibet videt. Qvod autem eum non obligari ſtatuimus, reſpectu Dei, cui votum primariò fit, & noſtræ cogitationes

Digitized by Google

æqvè clarè ac voces externæ patent, intelligi debet: Nam in foro exteriori ejus aſſertioni non credi, ſed compelli voventem ad ſolutionem, recte per *cap. per tuas, 10. X. de probat.* Zoeſ. *loc. cit. 31.* aſſerit.

III. Porro non ſufficere propoſitum, niſi promiſſio qvoq; accedat, communis item ſententia eſt; & probatur per *cap. Literaturam, 3. X. de Voto.* ubi Pontifex ait, ſi plus non eſt in voto proceſſum, eum; qvi propoſitum habuit, non poſſe transgreſſorem voti judicari, ſi non implet, qvod dixit. Præter tria hæc jam enumerata intentionem adimplendi votum abeſſe poſſe contra Gregorium de Valenz. ad *II 2. Diſp. 6. quæſt. 6. punct. 1.* Moraliſtis communiter placet, qvos refert Paul. Layman. *Theol. Moral. L. IV. cap. 1. n. 2.* ex ratione, qvod intentio, non adimplendi votum, non tollit ortum obligationis, qvæ ex ipsâ promiſſione naturaliter ſeqvitur. Hoc tamen, ſtando in terminis juris naturalis, dubium alicui videri poſſit, ex eo, qvod promiſſionem nihil aliud eſſe qvam ſignificationem voluntatis de dando aut faciendo; & ex acceptione hujus voluntatis obligationem oriri, multis cap. 2. aſtruximus: unde qvi voluntatem hanc non habet, is neq; promiſiſſe dicendus erit. In externo autem foro, qvin hic talis votum emiſſum, ut reddat, compellendus ſit, dubio caret; ob præſumtionem, qvam verba pariunt, debitam adimplendi intentionem adfuiſſe *arg. L. Generaliter. 13. C. de non numer. pec.*

IV. Cæterùm in voto *promiſſionem internam* & mentalem ſufficere, cum Deus cor intueatur, ex Thoma *II. 2. quæſt. 88. art. 1.* ſcribunt Moraliſtæ. Bonacin. *loc. cit. n. 2.* cumqve iis Theologi, qvi conſcientiis ſolum conſulunt, ſine dubio conſentient. Nobis in foro civili ulterius progrediendum, & ex *L. ſi qvis. 15. C. de S. S. Eccleſ.* (qvæ communi Dd. conſenſu de Voto accipitur,) *Manifeſtationem* qvoqve reqviri dicendum eſt: Nam Civiles LL. opera externa non interna reſpiciunt. Molin. *Diſp. 266. n. 3.* Verba Legis ſunt: *Si qvis donaverit aliqvam rem mobilem, vel immobilem, vel ſe moventem, aut jus aliqvod perſonæ Martyris aut Prophetæ, aut Angeli, tanqvam ipſi poſtea oratorium ædificaturus, & donationem inſinuaverit, apud qvos neceſſe eſt, cogitur opus, qvamvis nondum inchoatum fuerit, perficere per ſe, vel per heredes, & perfecto operi dare ea, qvæ donatione continentur.* Ubi

qvod

Digitized by Google

qvod de inſinuatione dicitur: id rectè Jacob. Cujac. *Lib. XII. obſerv.* 28. ſecundum jus commune de illâ donatione, qvæ 500. ſolidos excedit, explicat: qvanqvàm hodie piæ cauſæ donationem factam, & 500. ſolidos excedentem ſecundum jura Cann. inſinuationem non deſiderare, Andr. Tiraqvel. tradat. *De Privil. piæ cauſ. Cap. CXXIV.* Qvod porrò idem Cujac. *ibi.* ex Græcis docet, Legem hanc exceptionem facere ad Regulam, qvæ nullam donationem μονομερῶς factam h. e. non acceptatam valere vult, qvia inſcio aut nolenti neqvit liberalitas acqviri: *L. Hoc iure 19. §. Non poteſt. D. de Donat.* hoc per tradita cap. præced. Th. XII. explicari debet, ſc. LL. acceptationem hoc caſu à Deo factam ſupponere. Illud verò, qvod ultimo loco etiam ex Græcis refert, ut ex pollicitatione Deo factâ actio detur, reqviri δωρεαστικὸν h. e. inſtrumentum donationis & ſcripturam, concedi ita facile non poteſt: Cum enim votum in promiſſione Deo factâ conſiſtat, qvod probat Bonacin. *loc. cit. n. 17.* non videtur aliam ob cauſam ſcriptura, qvàm ad probationem, in foro civili reqviri: unde cum aliis qvoqve modis de voto emiſſo conſtare poſſit, v. c. teſtibus *L. In exercendis 15. C. de fid. inſtrum.* nulla ratio ſubeſt, qvare de voto emiſſo edoctus Judex de firmitate ejus dubitare debeat.

V. Sed dicis, hoc, qvod donatio votiva neceſſitatem præſtandi civilem habet, Juſtin. Imper. Lege recitatâ conſtituit: idem tempore Ulpiani, Authoris noſtræ L. (qvi teſte Zoſimo L. I. ſub Imperat. M. Aurel. Severo Alexandro ad Præfecturam Prætorii evectus, militari ſeditione interemtus fuit,) obtinuiſſe, probari non poteſt. Qvanqvàm parùm fortè referat noſſe, qvid Romæ, cum gentili adhuc ritu vota nuncuparentur, hâc de re fuerit obſervatum: maximè qvoniam hodiè jure ita à Juſtin. conſtituto utimur: nihilominus credere eſt, LL. civilibus tunc qvoqve voventem, ut vota redderet, conſtrictum fuiſſe. Huic rei argumentum præbet, qvod Lex noſtra ſub Tit. de pollicitat. R. P. ex cauſâ factis, unde obligationẽ civilem oriri dubium nullum eſt, recenſetur: & juvatur ex eo qvod *L. IV. Diſp.* unde deſumta eſt, Ulpianus de pollicitationibus talibus, qvæ qvaſi debitum exigi poſſint, tractaverit: *arg. L. Pact. 3. h. t.* adeò ut id, qvod in *L. 1. D. de recept. qvib. arbitr. recep.* de compromiſſis dicitur, illa ad ſimilitudinem judiciorum redacta eſſe, huc accommodari,

 & vo-

& votum Diis factum, ad ſimilitudinem negotiorum civilium redactum, affirmare liceat. Teſtantur illud ſolennitates, qvibus ſuſcipere vota Romani ſolebant. Eas accurate explicat Jan. Rutgerſius *Variar. Lect. Lib. V. cap.* 5. ubi vota nuncupata *Tabellis inſcribi*, inſcripta *ſignari*, ſignata Deorum ſtatuis *affigi*, iterumqve, dum compotes Voti debitum reddere volebant, *ſolvi* ſolita, adductis variis Authorum locis, comprobat. Nobis locum ex Pompejo Feſto *de Verb. ſignif. Verb. Nuncupat.* adduxiſſe ſufficiat, ubi ita: *Nuncupata dicuntur vota, qvæ Conſules, Prætores, cum in provinciam proficiſcuntur, faciunt; Ea in tabulas præſentibus multis referuntur.* Qvod de multorum præſentiâ Feſtus dicit, illud inſcriptio lapidis, qvi Sulpicii Camerini, Magiſtri Collegii Fratrum Arvalium, Votum, pro Nerone ſuſceptum, continet, apud Briſſon. *Lib. I. Formular.* & eorum, qvi nuncupationi Voti illius affuere, nomina, in eo aſcripta, confirmant: Qvorſum autem teſtes & tabulæ, niſi ut probari Votum poſſit? qvorſum probatio, niſi judicio convincendi cauſa? Planè cum Cicero *Lib. II. de LL.* in illis, qvas ipſe de religione profert, & non multum diſcrepare à moribus, qvi tunc in orbe obſervabantur, dicit, hanc qvoqve ponat, *ſancte Vota reddunto*; liceat ſuſpicari, LL. Duodecim in Tabb. & forte Tabulam XI. qvæ erat de Jure Sacro, votorum ſolvendorum neceſſitatem voventibus impoſuiſſe: Nam eodem argumento ductus Vir antiqvi Juris peritiſſimus, Jacob. Godofredus *Not. in* LL. *XII. Tab.* ad hanc XI. refert Legem de perjurio, qvam Cicero citato loco, paucis lineis interpoſitis, hanc citat: *Perjurii pœna, divina exitium, humana dedecus eſto.* Add. Valent. Forſter. *Hiſt. Jur. Rom. Cap. XXII. n.* 3.

VI. Qvicqvid hâc de re ſit, ad civilem cauſam referri debent verba Ulpiani: *Si qvis rem aliqvam voverit, voto obligatur.* Ubi notare lubet ex Briſſon. *loc. cit. Vovendi* verbum ſolenne veteribus fuiſſe: ut in illo Appii voto apud *Liv. Lib. X. Bellona, ſi hodie nobis victoriam dicis, aſt ego templum tibi voveo.* Videatur ipſe. Seqvitur in textu, *qvæ res perſonam voventis, non rem obligat.* Nempe obligationibus omnibus commune eſt, ut actionem, non in rem, ſed in perſonam producant §. 1. *I. de Action.* Hug. Donell. *Comm. Jur. civ. Lib. XII. Cap.* 1. Obligationum enim ſubſtantia, dicente *Paulo JCto in L. Obligationum.* 3. *pr. D. de V. O.* non in eo conſiſtit, ut aliqvod corpus noſtrum aut ſervitutem

tutem

Digitized by Google

tutem noſtram faciat, ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliqvid, vel faciendum, vel præſtandum. Hoc ipſum eſt, qvod Dd noſtri *Jus ad rem* vocant. Illud verò, dum Molina definit, *jus circa rem aliqvam, ad qvod res ipſa nondum eſt devincta. Tom.1. de Juſt. & Jur, Tract. 2. Diſp.2.n.2.* ſtrigilim Dn. D. Taboris *in Jurispr. Method. part, III.ſect. 3. Th. 2.* patitur: & meritò: tùm, qvoniam definitio illa ab effectu ſolùm petita, atqve negativè concepta eſt; tùm verò, qvia rem aliqvo modo etiam per obligationes devinci ex iis, qvæ occaſione *ſ.* ultimi noſtræ L. dicentur, patebit. Nunc paucis ita habendum; Obligationes nexum inter perſonas ponere, facto tamen ſimul reſpectu ad res, qvæ debentur, unde perſonas afficiunt, non qvatenus perſonæ ſunt ſed qvatenus unus debitor eſt, alter creditor: uno verbo; jus ad rem *ſubjectivè* in perſonis eſſe, *objectivè* in rebus, qvæ debentur, qvia qvod alicui debetur, illud etiam inſpecto effectu juris ſuum cujusqve jus dicitur. *L. Repetitio 44. D. de indeb. condict.* Bernh. Sutholt. *Diſſert. XII. Th. 3.*

VII. Cum autem omnibus obligationibus commune ſit, ut ſolutione ejus, qvod debetur, ſolvantur *per I. Qvib. mod. toll. obligat.* idq; ipſo jure; per *l. Creditori. 5. C. de pact.* non demum per exceptionem: de qvâ differentiâ vid. Bachov. *ad Treutl. Vol. II. Diſp. 29. Th. 1. Lit. A. & B.* ideò pergit JCtus & dicit: *Res enim qvæ vovetur, ſoluta qvidem liberat vota, ipſa verò ſacra non efficitur.* Exemplum in hanc rem habemus in L. *ſervos. 35. de liberal. cauſ.* ubi ſervi ad cuſtodiam templi deſtinati ſeu voti, mortuo vovente, heredis tamen eſſe dicuntur. Neq; obſtat, qvod in *Auth. Ingreſſi. C. de S.S. Eccleſ.* dicitur: Ingreſſos Monaſterium ſe ſuaq; Deo dedicare; Itaqve de illis rebus poſteà teſtari non poſſe. Namq; hoc ex ſpeciali Imperat. Conſtitutione eſt, ut ingreſſi, ſimul ac ingrediuntur, ſe & ſua Monaſterio dedicare videantur, per *Nov. V. cap. 5. Nov. LXXVI.* unde hæc Authentica eſt deſumta Gl. & Br. ad *h. l.* Nempe, ut ſacrum aliqvid ſit in RPcâ, ex illâ juris civilis parte eſt, qvod publicum jus dicitur: ſtante R. Pcâ à populo Lege Curiatâ, tributis Comitiis lata, præfici debebat, qvi dedicaret. Gutherius *de Jur Pontif. Lib. III. Cap.* 11. Unde decretum Pontificum de domo ſtrâ tale refert Cicero L. IV. ad Att. Epiſt. 2. *Si neq; populi juſſu, neq; plebis ſcitis, qvi ſe dedicaſſe dicet, nominatim ei rei præfectus eſſet;*

eſſet: neq; populi iuſſu aut plebiſcitu id facere iuſſus eſſet: videri poſſe ſine religione eam partem areæ domino reſtitui. Poſtqvàm populus L. Regiâ in Principem omne jus ſuum transtulit, ſacrum non fiebat, niſi Princeps dedicaſſet, aut dedicandi poteſtatem dediſſet. *L. Sacra loca 9. D. de Rer. diviſ.* Illam poteſtatem ab Impp. Chriſtianis Pontificib. h. e. Eccleſiarum Antiſtitib. datam fuiſſe arguit §. *Sacræ res.* 8. *l. de Rer. diviſ.* Unde efficitur, authoritate ſecularis Magiſtratus res ſacras profanari iterum poſſe; & res hoc modo ſacras nihilominus ſub Imperio Civili manere. Chriſtophor. Beſold. *Diſſert. de Jure & diviſ. Rer. Cap. V.*

CAP. IV.

EXPLICATIO

PARAGRAPHI I.

Vovere poſſe, qvi non prohibentur. Puberes naturaliter obligari. Cur Paterfamilias & ſui Juris h. l. coniuncta. Cur filiusfamilias voto non obligetur; nec ſervus. Regula ex Jure Canonico de Votis à ſuperioribus irritandis.

I.

SEqvitur Paragraphus primus, qvi de perſonis voventibus tractat. Placet h. l. præmittere Regulam illam, qvam ponit Magnif. & Conſultiſſ. Dn. Eraſmus Ungepaur in *Prælect. publ. ad Epiſt. Decret. tit. de Vot & Voti Redempt.* Omnes poſſe vovere, qvi non prohibentur: *arg. L. cum Prætor. 12. D. de Judic.* Imò ſpecialius adhuc, qvantum ad noſtrum §. attinet, dici poteſt, poſſe vovere illos qvaſi omnes, qvi obligari ſeſe poſſunt: & ita JCtus in h. §. non qværit, qvi vovere poſſint; ſed qvi voto obligari. Dicit autem *voto patresfamiliarum obligantur, puberes.* Hæc de civili obligatione intelligantur, neceſſe eſt: cum aliàs contra ſe ipſum h. l. ſcripſiſſet Ulpianus, qvi idem pupillum naturaliter obligari in *L. Novatio. 1. D. de Novat.* dicit. Qvæ aſſertio, nempe impuberes naturaliter obligari, contra Cujacium *ad L. ſi pupillus 127. de V.O.* Vultej. 1. *diſcept. Schol. 16.* & ſeqvaces communiter hodiè placuit, ac à Dn. D. Heinr. Hahn. *ad Pa-rat. VVeſemb. tit. de Pact. N. V.* legibus aſtruitur; rationi qvoqve naturali, qvod pupilli intellectum habeant, proindeq; conſentire poſ-ſint,

Digitized by Google

ſint, in qvo naturalis obligatio conſiſtit, L. *obligamur, 52. §. 4. de O. & A.* omnino convenit. Videatur noviter hæc explicans Nobiliſſ. & Ampliſſ. Dn. Struvius *ad Tit. D. de Pact. n. 39.*

II. Addit JCtus, *ſui Juris*: qvod forte addere neceſſe haut erat cum omnis paterfamilias ſui Juris eſſe intelligatur: *L. nam civium. 4. D. de his. qvi ſui vel alien. iur. ſunt.* Neqve dici poteſt, ideò adjectum, ut pupilli à voti obligatione excludantur; qvi qvodammodo ſui Juris non ſunt: Dicitur enim tutela Poteſtas, in LL. XII. Tabb. & *§. 1. J. de Tutel.* Verum jam definierat Ulpianus, ſe non niſi de puberibus loqvi. Itaqve rectius dicetur, ſolere ita ferè loqvi JCtos, ut exprimant magis rem, qvam intendunt: ſic in L. *Obligari 41. D. de O. & A.* JCtus Paulus ait: *Obligari poteſt paterfamilias ſuæ poteſtatis pubes, compos mentis.* Bachov. qvidem in *Not. ad VVeſemb. Parat. Tit. de Pollicitat.* putat, ideò adjecta verba *ſui iuris*, ut minor curatorem habens à voto, qvod rei alienationem ſecum trahit prohibitus intelligatur: cum & hic talis qvodammodo in poteſtate Curatoris eſſe videatur, arg. eorum, qvæ de pupillo diximus. Sed alia certe tutelæ, alia curæ ratio eſt: qvoniam tutor perſonæ, curator vero rebus tantum datur. L. *in contrahendis 8. C. de ſecund. nupt.* ut nimis abuſivè loqvi oporteat, qvi minorem curatorem habentem ſui juris non eſſe aſſerere velit. Alias concedimus Bachovio, Minores curatorem habentes vovere non poſſe, qvatenus de votis realibus ſermo nobis eſt: Nam ut communis ferè habet opinio, tales neqve obligari civiliter poſſunt, per *L ſi Curatorem 3. C. de in integr. reſtitut.*

III. Non multum diſſimile ab hoc eſt, qvod de filiofamilias in noſtra L. porro dicitur, verbis: *Filius enim familias, vel ſervus ſine Patris Dominive auctoritate voto non obligantur.* Hæc ita explicat Andr. Alciat. *Tom. III. Operum ad Tit. Qvi admitt. ad bonor. poſſeſſ.* L. 1. *n. 8. Filiusfamilias ex omnibus contractibus obligari poteſt. L. Filiusfamilias. 39. D. de O. & A. præter mutuum & votum.* Alciatum ſeqvitur Donell. *Comment. Juris Civil. Lib. XII. Cap. 23.* qvi addit cauſam, cur ex mutuo non obligetur, nempe SCtum Macedon. Rectius tamen qvoad mutuum, ſtatuitur, obligari filiumfamilias, cum SCtum Macedon, neqve naturalem neqve civilem obligationem impediat, ſed exceptionem tantùm concedat. L. *Tamen 11. ad Sc. Macedon.*

Zoeſ. *ad tit. ad SCt. Macedon. n.1.* Ex voto eum non obligari arg. *h.l.* certum eſt: ſi Servius ad illud Virgil. *Ipſe pater voveo famulam: Bene,* inqvit, *pater, qvia vovendi poteſtatem non niſi patrei habem.* De ratione qværitur: & illa qvidem, qvæ ab Alciato *Lib. V. Pa erg. cap. 9.* traditur, qvoniam filiusfamilias in ſacris paternis conſtitutus, ſacra propria habere non poteſt; recte rejicitur à Connan. *Comm. Jur. Civ. Lib. V. cap. 5.* Nam explicari non poteſt, qvid negotii votis cum privatis ſacris fuerit. Putaverim nihil novi h.l. conſtitui, ſed *ſ. 1.* ex princ. L. explicari debere. Nempe de realibus votis Ulpiano ſermo eſt: qvæ nihil aliud qvam donationem rei votæ continent. Donare autem filiifamil. regulariter non poſſunt. *L. filiusfamilias 7. D. de Donat. L. 1. quæ res pign. vel hypoth. &c.* Qvod qvanqvàm Bachov. *ad Trentl. Vol. II. Diſp. 19. Th. 3. lil. C.* ita explicet, ut non tam propter conditionem perſonæ, qvam potius propter qvalitatem bonorum filiusfamilias donare poſſe negetur; nusqvam tamen legitur, ejus perſonam ex promiſſâ per donotionem re peculiari obligatam eſſe: imo, cum in L. *ſi cum. 2. D. de donat.* promiſſio illa de donando, qvam filius ex conſenſu patris facit, valere dicatur; inde, argumento à contrario ſenſu ducto, ſuſtineri poterit, promiſſionem de donando, ſine patris conſenſu factam regulariter non valere Connan. *loc. cit.* Oſvvald. Hilliger *ad cit. Donelli Cap. lit. B.* Rem autem ex peculio Caſtrenſi aut qvaſi Caſtrenſi, in qvibus pro patribusfamiliarum habentur, *L. ult. 2. ad SCt. Macedon.* qvin vovere poſſint, dubium nullum eſt. Qvod ad adventitium peculium, qvanqvam teſtari de eo non poſſint, cum tamen plenam ejus diſpoſitionem habeant, ita ut donatio qvoqve qvoad hoc permiſſa illis ſit, Zoeſ. *ad tit. de donat. n. 8.* merito vovere rem talem poſſe dicuntur.

IV. Atqve hoc in filiofamilias ita ſeſe habent: expeditior ratio in ſervo eſt. Hic enim cum civiliter obligari non poſſit, L. *ſervi. 14. D. de O. & A.* imò jure civili plane pro nullo habeatur, L. *Qvod attinet 32. de R. J.* ideo voto non obligari h.l. dicitur. Recte autem Bonacin. *circa ſecund. Decal. precept. Diſp. IV. ſect. 2. Punct. 7. §. 2. n. 9.* notat, hoc ipſum ad vota famulorum hodiernorum extendi non poſſe, qvoniam liberi homines ſunt.

V. Cæterum, qvæ diximus, de votis illis, qvibus ſecundum L. noſtram

Digitized by Google

noſtram res aliqva vovetur, intellecta volumus. Perſonalium votorum obligatio ex Jure Canonico petenda eſt: ubi ferè ad illam regulam vota eorum, qvi aliqvo modo alterius poteſtati aſtricti ſunt, expendi, & irritanda eſſe ex hoc judicari poſſunt, ſi jus alterius lædant. Si uxor votum abſtinentiæ reddere non debet, niſi maritus conſentiat. Can. *Manifeſtum XXXIII. q.5.* qvod viciſſim in marito qvoq; obſervatur. *Can. una ſola ib.* Contrà ea vero ſi jus alterius non lædant, neqve uxoris votum à marito, neqve filiifamilias à patre, neqve ſervi à Domino irritari poſſe communiter placet. Bonacin. *§. cit.* Zoeſ. *ad tit. X. de Vot. n.* 11. Balduin. *Caſ. Conſcient. Lib. II. cap. 9. Caſ. 2.*

CAP. V.
EXPLICATIO
PARAGRAPHI ULT.

Decima, qvid? à gentilibus voveri ſolita: Non ideo iuris naturalis: ne qvidem divini qvoad qvotam, ſed ſolùm qvoad ſubſtantiam: unde definire qvantitatem earum Magiſtratus ſecularis cura. Qvod debetur, in bonis debitoris eſſe. Obligationis tamen partem re, aut factum, de qvo convenêre contrahentes, conſtituere: Itaqve heredem ad debita & vota defuncti hereditario iure, non ex qvaſi contractu, teneri; prout vota illa modo perſonalia, modo realia, aut utrinqve mixta ſunt.

I.

CAſus, de qvo JCtus in §. hoc reſpondet, Decimas votivas proponit. Sunt autem Decimæ, qvod vel vi vocabuli patet, cujusq; rei Decima pars. Unde Magnif. Dn. Ungepaur eos notat, qvi nihil referre putant, qvota pars, decima an trigeſima, pro decimis ſolvatur. *Prælect. publ. ad Lib. V. Decret. Tit. de Decimis, primit. &c.*

II. Cæterum Guilielm. Budæus *ad* L. *Cuicunqve. 5. de Inſtit. act.* Ulpianum h. l. ad decimam bonorum partem, qvæ olim in Herculis honorem votivo epulo impendebatur, reſpexiſſe putat: *partem Herculeanam* dictam, de qvâ Plautus in Truculent. & Stich. Sane auſpicatiſſimum votum hoc eſſe crediderunt veteres, atqve hac de cauſa Lucullum peritum Romani moris & Juris, qvod decimam Herculi voviſſet, votumqve perſolviſſet, maximis auctum opibus fortunisqve

 æſti-

Digitized by Google

æſtimarunt. Plutarch. *in Vitâ Lucul.* Decimarum votum aliis qvoq; temporum articulis ſuſcipi ſolitum, paſſim legimus. Hinc Camillum Dictatorem, cum Urbem Veios expugnatum proficiſceretur, Decimam partem prædæ Apollini voviſſe Liv. *Lib. V.* refert: de Locrenſibus vero Juſtin. *Lib. XX.* eos bello adverſus Crotoniatas dimicaturos, cognito, Decimam prædæ partem Apollini à Crotoniatis promiſſam eſſe, ut voto vincerent, Nonam voviſſe. Impium Græcorú votum fuit, qvi Perſarum, qvotqvot in deditionem acciperent, Decimum qvemqve ſe Deo, qvi Delphis eſſet, devoturos polliciti ſunt, Herod. Lib. VII. Plura de decimis votivis videantur penes Læl. Mancin. *Collatorum Lib. 1 cap. 27.*

III. In his talibus cur Decima pars magis, qvàm alia communiter placuerit, rationem à vero haut abſimilem Tiraqvel. *Tract. de Præſcript.* hanc reddit, qvod denarius numerus pro perfecto habitus, & ſingularis ἐνέργεια ei attributa fuerit. Neqvaqvam itaqve ex eo, qvod gentiles qvoq; Decimas ſolvêre, rectè concludit Baron *Annal. Eccleſ. Tom. 1. An. Chr. 57. ſect. 74.* ac ſi juris naturalis earum ſolutio ſit: Rectè contra eum & Canoniſt. antiqviores, qvi idem ſtatuerunt, cum primis Marc. Anton. de Dominis *Lib. IX. de R. P. Eccleſiaſt.* urget Andr. Rivet. in *Cap.* XIV. *Geneſ.* qvod ex naturæ principiis cognoſci non poſſit, Decimam potius partem, qvàm aliam, exhibendam eſſe in uſum Eccleſiaſticarum Perſonarum. Pari modo neq; illud, qvod de Decimis in Vet. Teſt. perſolutis legitur, ſufficit, unde iidem illi probare poſſint, Decimas qvoad *quotam* Juris divini, atqve adeò Chriſtianos hodieqve ad earum ſolutionem obligatos præcisè eſſe: à qvâ qvidem ſententiâ haud longè abit Grotius *de J. B. ac P. Lib. 1. cap. 1. n. 17.* putans, argumento Legis veteris Decimis Chriſtianos obligari, ne minus Decimâ fructuum parte in alimenta eorum, qvi in ſacris rebus occupantur, aut ſimiles pios uſus ſeponant. Nam rectè contra Canoniſt. ipſe Robert. Bellarmin. Cardin. *Tom.* II. *Controverſ.* L. I. *de Clericis cap. 25.* oſtendit, *quotam* Decimarum Juris divini hodie non eſſe, partim, qvoniam nihil de eâ re in N. fœdere repetitum, partim etiam, qvoniam Lex illa, qvæ olim Judæos ad decimas conſtringebat, Chriſtianos hodiè non obligat. Nam judicialem eam fuiſſe patet, qvia ordinatur ad æqvitatem

Digitized by Google

tatem inter homines conſtituendam, nempe, ut tribus Levi, una ex duodecim Iſrael, exſors poſſeſſionis Terræ Chanaan, eâ ratione exæqvaretur reliqvis. Neqve huic qvicqvam officit, qvod ante Legem Moyſis decimas ab Abrahamo Melchiſedeco oblatas, & à Jacobo Deo votas legimus. Namqve poſteriorem videri, ſpeciali Dei inſtinctu votum illud ſuſcepiſſe, ex noſtratium ſententia *Theſ. 7. Cap. I.* monuimus. Abrahami autem factum non vulgare ſed myſterii plenum fuiſſe Epiſtola ad Hebræos oſtendit. Concedit tamen Bellarminus qvoad *ſubſtantiam* Decimas juris divini & naturalis eſſe, h.e. qvemlibet Chriſtianum pro viribus ad juvandum miniſterii Eccleſiaſtici ſuſtentationem teneri. Et hâc ratione Decimæ in N. T. confirmatæ dici poſſunt per illud Pauli *I. Corinth. 9. Eum qvi altari inſervit, de altari vivere oportere:* fundato in altero illo præcepto Juris naturalis *Luc. X. dignum eſſe operarium mercede ſuâ.* Bellarminum ſeqvuntur Canoniſt. recentiores, & in illis Zoeſ. ad *tit. X. de Decimis, n. 2.* qvi hâc ratione Capitula varia, qvæ Decimas à Deo inſtitutas aſſerunt, & qvod Innocent. III. *in cap. Tua nobis. 26. d. t.* Deum in ſignum univerſalis dominii decimas reddi ſibi præcepiſſe, ſcribit, conciliari poſſe dicit.

IV. Qvin nec Theologi noſtri aliter ſentiunt: qvorum hâc de re judicium, allegatis authoribus, Longè celeberrimus & Magnificus JCtus Benedictus Carpzov. *in Lib. 1. Jurisprudent. Conſiſtor. definit. 125.* exponit. Ipſius B. Lutheri verba hæc ſunt. *Tom. IV. Jenenſ. Explicat. Cap. XXVIII. Geneſ. p. 159.* Den Jenigen / die Gottes Wort lehreten / iſt von Anfang gehalten den Zehenden zugeben / welches itzt im Neuen Teſtament nicht iſt / ſondern iſt nachgelaſſen und heimgeſtellet der Liebe / daß man nicht darff Geſetz machen / ſondern gebe ſo viel als Noth iſt / einen Prediger zu nehren und halten. In ſeqventibus addit, ſenſim remittente Chriſtianæ pietatis zelo in animis hominum neceſſariò certum qvid, qvo alerentur Miniſtri Eccleſiæ, Legibus iterum præfigendum fuiſſe. Itaqve ut verbo aperiamus, qvid in univerſum hâc de re ſentiamus, dicimus, Decimarum qvotam, prout conſtituta in noſtris regionibus eſt, à prædiorum dominis exſolvi oportere: qvin &, ſi ita caſus ferat, denuò ad miniſterii Eccleſiaſtici ſuſtentationem conſtitui poſſe: abimus verò à Bellarmin. *loc. cit.*

Dub. 4. & ejus ſeqvacium opininione in eo, qvod taxari illas qvoad qvotam ab Eccleſiaſticis debere ſtatuunt. Nam ſuſtentatio miniſtrorum Eccleſiæ ad curam ſecularem pertinet: Theodor. Reinking. *de regim. Sec. & Eccleſ. Lib. III. Claſ.* 1. *Cap.* 1. *à princ.* adeoqve & hæc qvæ ejus pars erit, Decimarum conſtitutio.

V. Nunc ad §. noſtrum; ubi ita: *Si decimam qvis bonorum vovit, Decima non prius eſſe in bonis deſinit, qvam fuerit Separata.* Hoc omninò conſeqvens ex illis, qvæ ſupra ad *princ. Leg. Cap. III. Th.* 5. diximus, & communi Juri conſentaneum eſt; nam in bonis noſtris ſunt illa qvoqve, qvæ debemus. *L. ſi fraudator* 25. *D. quæ in fraud. creditor.* qvia Domini earum rerum manemus. §. *Cum autem J. de empt. vendit.* Cujus rei ratio in *L. Traditionibus* 20. *C. de pact.* hæc traditur, qvod traditionibus & uſucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Neq; huic obſtat, qvod in alleg. Th. 5. dictum fuit; illud etiam, qvod alicui debetur ſuum dici poſſe: Nam addidimus, *inſpecto effectu iuris*, per *L. Is qvi* 15. *de R. J.* Aliàs ſuum cujusqve non eſt, niſi qvod vindicari poteſt. *L. Qvintus Mutius;* 27. §. 2 *D. de Aur. argent. mund.* Unde expreſsè dicitur in *L. ſcribit.* 34. *eod.* ſuum non eſſe, qvod in actione habetur. Nempe uno verbo, id qvod debetur in obligatione; obligatio ipſa in bonis noſtris eſt. *L. Bonorum* 49. *de R. J.* Videatur Ampliſſ. & Conſultiſſ. Dn. Erneſt. Frideric. Schröter. *not. & animadverſ. in Sutholt. Diſſertat. XII. ad Aphor.* 1. & 3. Hoc autem eſt, qvod jam ſupra in *Cap. III.* diximus, rem, de qvâ præſtandâ convênit inter partes, aliqvo modo per obligationum devinci.

VI. Clarius hoc ipſum patet per exemplum heredis, qvod in §. noſtro ſubjungit JCtus, & dicit; *Si forte, qvi decimam vovit, deceſſerit ante ſepoſitionem: Heres ipſius Hereditario nomine tenetur.* Nempe, qvod heres & ad decimas votivas, & ad alias defuncti debita exſolvenda tenetur, non tam, qvod qvidam putant, qvaſi ex contractu per hereditatis aditionem inito eſt; (nam Imperator §. 5. *de Oblig. qvæ qvaſ. ex Contract.* legatarios ſolùm ponit, qvibus qvaſi ex contractu per aditionem heres obligatus ſit; qvod *ibid.* animadvertit Vir ſingulari humanitate & doctrinâ Juris Excellens Arnold. Vinnius:) qvàm ob Jus ad rem promiſſario circa bona defuncti per oligatio-

nem

Digitized by Google

nem ejus qvæſitum ; qvoad hæc enim heres defuncti perſonam repræſentat. Hoc addimus, ne cui negotium faceſſant L. *Qvoties* 15. C. *de R. V.* (ubi re à Primo Secundo venditâ, & item Tertio, atqve huic traditâ. Tertii ſit, neqvicqvam obſtante jure ad rem illam, qvod Secundus per emtionem ejus jam qvæſierat, qvi de re illâ contra Tertium agere non poteſt:) & alia jura, qvæ in ſimilibus caſibus loqvuntur: Nam hoc ideo, qvia ſingularis ſucceſſor prioris Domini perſonam circa illa bona non repræſentat. Vid. de Lugo *cit. Diſp.* XXIII. *ſect.* 6.

VII. Qvod ultimo loco dicitur, *voti enim obligationem ad heredem tranſire conſtat*, ex præcedentibus qvidem ſeqvitur; non una tamen limitatione temperandum eſt. Imprimis ſciri debet vota triplicia eſſe, *perſonalia, realia & mixta*: cujus diſtinctionis & jam ſupra mentionem fecimus, & veſtigia apud omnes pene Autores invenimus. A Magiſtro ſententiarum primùm uſurpatam eam, colligere eſt ex Dominic. Soto *Lib.* VII. *de J. & J. art. 5. q. 2. Perſonalia* vota, v. c. jejunare, heres exeqvi neqvaqvàm tenetur; qvia actionem voventis pro objecto habent. qvod deficit eo demortuo. Limitat hoc Layman. *Theol. Moral. Lib. IV. Tract. IV. Cap. 3. n. 5.* niſi heres ſub hâc conditione inſtitutus ſit; qvia ſi adierit hereditatem, agnoviſſe voluntatem defuncti, ſeqve ad voti exolutionem obſtrinxiſſe judicabitur: ubi illos heredes excipias oportet, qvi ipſo jure heredes ſunt, v. c. ſuos; his enim Legitima ſine omni onere relinqvenda eſt. L. *omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.* Verùm, qvin & hi tales ſponte ſuſcipere poſſint tale votum, ex defuncti voluntate ipſis impoſitum, caret dubio: atq; ſic explicant *cap. Licet 6. X. de Vot. & Voti redempt.* Zoeſ. *ad h. t. n. 61.* *Ad realia* heredem obligatum eſſe, ex illis, qvæ præcedenti Th. diſſeruimus, patet; & probat Dn. D. Dorſcheus *Lib. ſupra cit. Aph. 171.* ex jure divino, qvo vota coram Deo eam vim habent, qvam teſtamenta coram hominibus. Hocq; adeò verum eſt, ut idem ſit, licet teſtator heredem voto non obligatum eſſe declaraverit, qvia non poteſt facere, qvin ex promiſſione ſuâ jus ad rem ad eum, qvi promiſit, tranſeat; cujus ratione heres convenitur. Bonacin. *loc. cit. ſect. 5. quæſt. 2. n. 11.* Mixtorum obligationem ad heredem tranſire pro modo, qvo talia ſunt, oſtendunt Balduin. *loc. cit. cap. 11.* & ſuperius citati.

VII. Ce-

Digitized by Google

VII. Cæterum cum fruſtra jus in civitate ſit, niſi effectus rei accipiatur: L. *Neceſſarium. 2. §. 13. de Orig. Jur.* ideò verbo ſaltem actionis genus, qvo votum peti poſſit, ſubnectere placet. Gl. *ad h. l.* qvam ſeqvitur Br. officium Judicis aut Condictionem ex L. competere dicit Bocer. *Cl.* II. *Diſp.* I. *Th.* 44. poſteriorem tantùm concedit. Videntur tamen inſpecto jure veteri Magiſtratus ipſi extra ordinem in hâc causâ cognoviſſe, *arg.* L. *de pollicitationibus. 8. h. t.* Bachov. *ad VVeſembec. ib.* qvod implorato officio ſuo facere ſolebant. Poſt Conſtit. Imp. Zenonis in L. *ſi qvis* 15. *C. de SS. Ecclef.* rectè cum Bocero dici poterit, Condictionem ex L. competiiſſe. Illa vero opinio, qvam de decimis ex mente aliorum Godofred. *ad h. l.* refert, eas Condictione ex L. divinâ peti poſſe, oppidò non placet; tùm per ea, qvæ ſupra Th. III. diximus, tùm qvoqve, qvoniam Summarius Proceſſus cauſæ Decimarum, per Clementem *V. in c. diſpendioſ. 2. Clement. de Judic.* præſcriptus eſt. Atqve idem in noſtris regionibus ſervatur. Nam decimarum exactio Juris Epiſcopalis pars eſt, ad L. Diœceſanam pertinens, qvam unà cum Jurisdictione Epiſcopali per Conſiſtoria Eccleſiaſtica Principes noſtri expediunt. In Conſiſtoriis autem ſemper de plano procedi, aliàs oſtendimus, cum argumentum illud latius perſeqvuti ſumus. Nunc receptui canimus, & ſcriptioni huic finem imponimus, ſic qvoqve veriti, ne pauca hæc expectationi multorum minus reſpondeant: veniâ tamen non indigni, qvi muneris explendi causâ, non ſcribendi libidine in publicum progreſſi ſimus. Qvod ſi forte qvis reperiat, in qvo temporis jacturam legendo non feciſſe ipſi videbitur; illud omne non nobis, ſed ſummæ Excellentiſſimorum hujus Academiæ Profeſſorum humanitati acceptum ferat, qvæſumus: qvoniam illi facilem uſuram librorum, ex qvibus hæc hauſimus, conceſsêre; cumprimis Nobiliſſ. & Conſultiſſ. Dn. PRÆSES, cui tantum me debere profiteor, qvantum hoſpes Hoſpiti, & homo Homini bono publico nato debere unqvam poteſt. TANTUM!

DISSER-

DISSERTATIO DUODECIMA.

DE

POSITIONIBUS JURIS SINGULARIBUS,

Autore

D. OSVALDO HILLIGERO, ol. Prof. Jehn.

Pro Gradu.

Anno 1609.

POSITIO.

I.

IN L. 20. de LL. ignorantiæ ſubſidium malè à multis qværi puto. Nec tamen illam *cum Alb. Gentile 1. lect. & epiſt. 2.* de jure ſingulari, contra rationem juris communis introducto, accipio, nec *cum A. Fabro ad d. l. 20.* inter jus conſtitutum ac receptum diſtingvo.

II. Per extremum jurisdictionis *in l. un. Si quis ius dic. non obtemp.* non intelligo exſecutionem vel magiſtratus exſeqventis juſſum, nec extremum totius litis, ſed extremum ejus qvod in jure pro tribunali coram Prætore expeditur, priusqvam in judicium eatur.

III. *L. 20. de his qvi not. inf.* cum ſana ſit, non modela adhibetur *A. Fabro ibidem & 6. Conj. 6.* ſed vulnus infligitur Maximeq; is errat dum novum & tertium genus ſententiæ definitivæ, qvod nec condemnationem nec abſolutionem contineat, invitâ jurisprudentiâ, comminiſcitur.

Digitized by Google

IV. Actionem Quod metus cauſâ cum act. de dolo non concurrere arbitror, noveq; *l.14.§.13. Quod met. ca.* interpretor.

V. Verbum *adnotatum* in *l.28 de in. ff. eſt.* correctionem non ſignificare *contra Baron. ibid. Connan.10. Com. 6.n.7. Cuiac. ad l.35. de lib. & poſth. Curt.3.Conj. ad fin. at.35.* ſtatuo *cum Donello ad auth. ex Cauſſa C. de lib. præt. n. 9.* Nec tamen *cum eodem* idem juris in parte admitto nec *d.l.28.* adverſari *l.3. de Cond.indeb.* credo *contra Tiraq. ad l.8. C. de revoc. don.V. donatione largitus n.267.*

VI. *L. Minitius 61. de R.V.* non pugnare *cum l.26. de acq. do* mihi perſuaſum eſt *contra Cuiac.* nec *contra alios* nudè in eâ referri ſententiam. Sed nec arguta *acutiſſ. Fabri. 6. Conj.15.* conjectura arridet. Neqve etiam in Donelli *4. Com.12.* ſolutione acqviesco cum *contra eum* navem ex genere rerum, qvæ reductionis ad priſtinam materiæ, ex qvâ confectæ, formam capaces, eſſe inficiet.

VII. Uſusfr. ne ſit propriè rerum fungibilium naturalem rationem impedire rectè JC. Cajus *in l.2. de Uſufr. ear. rer.* immerito ſuo ob id *à Turamino lib. ſing. de LL.p.1.c.4.n.6.*

VIII. Non aſſentior *Aegid. Hortenſio ad l.13.§.ult. de pig.* ſuperficiem ſervitutis ſpeciem conſtituenti: Uti nec *Bodino in diſtrib. iur. univ. pap. 18.* tertiam ſpeciem ſervitutum addenti Miſtam videl. qvales ſunt operæ, Homagium pro feudo & Reditus. Sed nec jus venandi ſervit. realibus accenſeo *contra Dd. & Gail. 1. obſ.66.*

IX. *L. 1. ad l. Aq. cum l.1. Arb. furt. cæſ.* ex vocis *derogavit* propria ſignificatione *l.102. de V. S.* novo modo concilio.

X. *L.43. Fam. erc.* dum *Gilb. Reg.1. Enant. 16. & Rad. Forner. 5. rer. qvotid. 1.* emendant ſententiam pervertunt, cui nova à nobis lux accendetur.

XI. Præpoſitiones ſæpe à JCtis geminari rectè animadvertit *Rev. 3. var.3.* Sed dum *l. 1. §. 1. de fugitiv.* exemplum cæteris adjicit, oſtendit ſe ſententiam *§.* planam licet & apertam, non percepiſſe.

XII. Cum *Guil. Budæ ad l.3. de LL. Anton. Auguſtin. 1. Emend. 2. 4. & 8. Lel. Taurell. in epiſt. Pand. Flor. edit. primæ præfixâ H. Vult. 1. diſce.12. Jo. Gœdd. ad l. 21. de V. S. n.18. Alb. Gentil.3. Lect.10. Rad. Forner. 6. rer. qvotid. 17.* Pandectas Florentinos nullis notatos punctis, liberâ, plutaqve oratione deſcriptos eſſe teſtentur: nulla mihi religio eſt levi

leviculâ interlineaturæ mutatione novam expediendisqve, niſi me fallo, dubiis commodam interpretationem *L. ult. de Cond. ca. datâ* adhibere.

XIII. Non ægre feret, confido, Vir qvidam eruditiſs. ſi citra livorem tamen omnem, ab eo in interpretatione *l. 7. §. 1. Commod.* diſſentiens verbis *niſi qvis forte dixerit* rejici & damnari illam opinionem non ſtatuam. Nam qvando V. *niſi* eſt reprobantis, ſubintelligitur *qvod abſurdum eſt*. Abſurdum autem non eſt qvod *videtur habere rationem*. Qvare v. videtur ibi eſt modeſtiæ *ut in l. 122. de V. S. & ſimil.* Sed nec *niſi* rejicientis eſt *in l. 8. D. Proemt.* ceu putat *Parladat. 2 rer. qvotid 7. n. 13.*

XIV. Qvod *Bart. & Dd. Rain. Corſ. 1. indag. 18. ex l. 2. §. 2. verſ. ibidem ad l. Rhod. de iactu* eliciunt arctioris annonæ tempore qvæ ad victum & amictum ſpectant, omnia eſſe communia, ideoq; furtum ex neceſſitate famis licitè fieri, pingvius ab illis dici contendimus.

XV. Peculium creſcere ac decreſcere dicis Martianus *in l. 40. de Pecul. ἀκμὴν* prætermitti notat *Cujac. 9. ad Afr.* Sed *Goth. ibid.* eam V. creſcendi ſatis expreſſam ſcribit, Qvod non probo. Ἀκμὴ enim non eſt incrementum ſed perfectio ac terminus illius. Rectè itaqve prætermittitur, qvia eam nec recipit peculium, ſemper acceſſione rei augeri aptum.

XVI. Sat cauſæ non video cur *Hot. 1. obſ 14. Briſſ. lib. 2. Form. in l. 2. §. 1. ad Vellei* pro *conſulerunt* reponant *cenſuerunt*. Eſt enim hoc verbi mediæ ſignificationis. Illud παρέργως hic interſpergo, qvod uti noſtri expromiſſorem dicunt *l. 13. pr. ad Vellei. l. 7. § 8. de dolo & ſimil.* ita contraria ratione *Symmach. lib. 1. epiſt. 5.* exſtipulationem; qvando expoſcitur id cui alter non obſtrictus eſt. Qvi ſenſus apprimè ei loco conveniens mihi videtur, ut judicium doctiſſ viror. & JC. *Jac. Lectii & Fr. Jureti* mirer, ibidem *expoſtulationem* ſubſtituentium. Qvod loci ſententia non admittit, qvia ea non dulcis qverela ſed moleſta.

XVII. Mandatum omne gratuitum, & tamen remuneratio ei accedere poteſt. *l. 6. pr. Mandati.* Qvî hæc conveniunt. Ego ſic puto: Intervenit non ab initio conventionis, qvando negoc. gerendum ſuſcipitur, ſed eo perfecto jam ac expedito. Remuneratio enim eſt beneficii compenſatio. Beneficio verò affectus non dicitur cui id

Digitized by Google

promiſſum ſed cui præſtitum. Qvare cum ex poſt facto accedat, naturam conventionis qvæ anteceſſit non variat, ſolviturqve non, uti debitum ex contractu, ſed ex merâ liberalitate ad grati animi teſtificationem.

XIIX. Papin. In *l. 6. & ſeq. de ſerv. export.* ſibi ipſum adverſari, idqve nec compoſitores conjungendo reſponſa animadvertiſſe, credat Judæus Apelles. Non ego.

XIX. Multa peccat *P. Buſius ad l. 3. de ſta. hom.* operas perpetuas per omnem vitam locari poſſe ſcribens, ſed ita ut ſi gravior ratio impedimenti præſtatione ejus qvod intereſt famulus liberetur. Sed tunc id ad minimam ſummam redigi. *arg. l. ult. de prat. ſtip.*

XX. An ſubſignatio præjudicium faciat ſignanti contentio eſt propter *l. 26. §. 1. de pig. & l. 39. de pig. act.* Diſt. vulg. recipimus an animo ineundæ obligationis qvis ſubſcripſerit. Cui cum verba *d. §. 1. neq; conſenſum accommodaverat* officiant, poſthabitâ *Gœdd. ad l. 39. de V. S.* ſolutione ea non eſſe JC. ſed conſultoris puto, qvæ à Modeſtino non approbantur, ſed reprobantur.

XXI. Inter ſerviles perſonas connubium non eſſe notiſſimum eſt. Incogitantia igitur eſt *Cuiac. 6 ad Afr. ad l. 34. de ædil. ed.* dum *l. 39. eod. tit.* ſententiam ſupplere vult illis verbis *vel uxor & maritus.*

XXII. Probationum diviſionem in perfectas & imperfectas (vulgò ſemiplenas) non rejicio, pluresqve imperfectas conjunctas perfectam efficere *cum Dd. vulgò* ſtatuo. Neqve enim aliud ſine evidenti litigatorum captione obtinere poteſt. Alias pleriq; vel in juſtiſſimâ cauſſâ probationum inopiâ ſuccumberent.

XXIII. Præſidi in provinciâ filio uxorem qværere non licet *l. 57. pr. de ri. nupt.* filiam nuptui elocare licet *l. 38. §. ult. eod. t.* Ratio discriminis nondum expedita. In ea inveſtiganda multum ſe & fruſtra, macerat *Eopp. ab Aezema 1. diſſert. 12.* Ego ſic conjecto. Filii neq verè elocantur, pingvius ſic loqvitur Fopp, ſed illis qværuntur uxores. Mares ambiunt & petunt uxores. Periculum igitur ne ſæpe filiæ provincialium illis, ad qvos nullo affectu ducuntur, nubere auctoritate parentum, negare magiſtratui non audentium, compellantur. Contra ſolens non eſt, (aut ſi ſolens, decens certè non eſt) fœminas

minas ambire adoleſcentes, ſed exſpectare dum ipſæ ambiantur. Ambiet igitur eas non niſi volens & amans.

XXIV. *L. Fructus 7. §. Papinianus 1. Sol. matrim.* qvot qvantisq; contentionibus agitetur qvis ignorat? Qvid ſi tentemus verbo *confundi* non denotari contributionem in unum ſed compenſationem, *ut in l.26. §.4. de cond. indeb. arg. l.33. h.t.* Anne ſic difficultates, qvæ eam l. circumſiſtunt commodiùs qvàm alii evitabimus.

XXV. Qvæ verò audacia eſt *totam l. 5. de agnoſc. lib.* vel ſaltem majori ex parte Tribonian. pro Ulpian. reſponſo, invitâ ratione juris, obtruſiſſe nobis aſſerere, ceu aſſerit *A. Fab. 1. Jurisprud. 8. princip. 7. illat. 15.*

XXVI. Uti nec Triboniano tribuo *l.3. §.1. de tutel.* contra eundem *1. Jurispr. 12. princ. 1. ill. 6.*

XXVII. Curatorem de geſtis ſuis non conveniri act. neg. geſtorum utili, ſed propriâ actione curatelæ, ad exemplum actionis tutelæ ſtatuo, *contra omnes.*

XXVIII. *L.40. de hered. inſtit.* nihil nec addo *cum Alc. 1. diſp. 2. Vacon. 6. declar. 85. Duar. ad tit. de Vulg. c. 10. f. 382. Govean. 1. var. lect. 6. Donel. 6. Com. 24. & ad l.3. C. de impub. n.3. Vasq. lib. 1. de ſucceſſ. progreſſu. §.5. n.16.* nec demo cum *Cuiac. in not. §. ult. l. de Vulg. & 17. obſerv. 21. ac Vult. in d. §. ult. n.2.* qvi ex duabus vocibus *alter ſemis* unam duarum litterarum *as* efficiunt. Sed nec *Vigl. ad d. §. ult. n.16.* nec *Connani 10. Com. 7. num. 5.* expoſitiones accipio neqve tamen inæqvalem inter dominum inſtituti & ſubſtitutum diviſionem fieri, novâ ratione, autumo.

XXIX. In lite illa an per Procur. hereditas adiri poſſit, dum arbiter *Ravar. de auct. prud. c. 5.* erciſcundo partes componere nititur, non animadvertit ea qvæ tradit ſecum ipſa non convenire. Qvî enim poterit mancipio dari hereditas nondum qvæſita. At ſi jam ante qvæſita qvid iſtis ambagibus opus?

XXX. Legatum heredi factum à Prælegato eidem relicto omnimodo differre puto. Indeqve pugnam qvæ videtur inter *l.17. & ſeq. & l.87. de leg.* 1. & ex parte alterâ *l.75. de leg.* 2. dirimo.

XXXI. Diſcrimen legati partis bonorum à legato partis hereditatis *l. 8. §. ult. l. 9. de leg.* 2. ſolùm ſonum verbum non reſpicit, *ut A.*

Digitized by Google

Fab.18. Coni.18. Sed nec ab *eodem 4.Coni.11.& Hot.1.amic.14.* ſalutaris medicina *L.77.§.5.eod. tit.* adhibita.

XXXII. Ex *L.1.§. pen. de leg. 3.* tantum abeſt ut abeſſe negationem *cum A. Fabro 4. Coni.15.* ſentiam, ut potiùs ſi abeſſet ultrò accerſendam, ſi unqvam emendationum cauteria adhibere fas, contendam.

XXXIII. Dolia in vaſis vinariis non eſſe, nec à *Cuiacio, aliisq; L. 6.& l. pen. de trit. leg. & l.206. de V.S.* rectè expoſitas arbitror.

XXXIV. Regulam Catonianam nec ad directas inſtitutiones pertinere firmiſs. rationibus à ſubtiliſſ. *Fabro 12. Coniect. 19.* probatur. Durius tamen ab eodem adhibetur remedium *l.4. de Reg. Caton.* dum membrum illius reſecat. Nos leniori collyrio medebimur.

XXXV. Demonſtrationi ex futuro qvæ dicitur, e.g. Stichum. *Qvi meus erit cum moriar* lego non ſolam conditionem ineſſe, ſed conditioni demonſtrationem conjunctam ſtatuo *contra Doneel. Com.31.*

XXXVI. JCtum qvoqve Mætianum *in l.65.§.3. ad Trebell.* nec *cum Donel. 7. Com.24.* ineptæ ſubtilitatis, nec *cum Chifletio lib.4 de Jure fideicomm. c. 2.* inaccurationis arguo; nec *d.§.3. per l.7.& 11. C. de J. delib.* qvæ anteriores Juſtiniano Impp. auctores habent correctam opinor.

XXXVII. Prætorem facere & non facere dominum novè hac ratione aſſero. Non facit eo modo qvo Lex ipſo Jure: Facit autem ubi acceſſerit illius decernentis factum. Qvapropter bonorum poſſeſſor non qvidem nudo animo, uti heres per aditionem, ſed petitâ, acceptaqve bonorum poſſeſſione dominium rerum qvæ in his bonis ſunt *l.1. de bon. poſſ.* atqve ita non poſſeſſionis *ut Cuiac. in Parat. de bon. poſſ. & 1. not. Merc. 9. Vult. ad pr. J. eod. n.7. Guil. Ranchin. de ſucceſſ. ab int. §.1. n.1. Borch. de acq. poſſ. c.6 n.17.* ſed proprietatis, non utile, *ut vulgus Interpp. & Forſt. 1. de ſucceſſ. 5. n.5.* ſed directum: non bonitarium *ut A. Fab. 7. Coni. 4.* ſed Qviritiarium adipiſcitur.

XXXIIX. Succeſſio inteſtati jurine civili an naturæ adſcribenda multum ambigitur. Sic puto: Ut propinqvis ſuccedatur ex jure naturæ eſt, ex affectu qvem natura hominum animis propenſiorem erga cognatos indidit. Sed modus ſuccedendi; qvi, qvibus, qvo ordine à legum eſt latoribus. Qvâ re, nihil magis uſu non populorum

lorum dico, ſed ſingulorum ferè municipiorum ſtatutis variare comperimur.

XXXIX. Poſſidere juſſus ex ſecundo decreto (tertium non agnoſco *contra Cuiac. 9. ad Afr. in l. 44. de dam. inf.*) non uſucapiendi conditionem *ut pleriq;* niſi ſi res fuerit aliena; non bonitarium *ut A. Fab. 56. error. pragm. 4. & alibi* ſed verum dominum auctoritate Prætoris nanciſcitur.

XL. Diſſimile verò ſimile, qvo motus *Cuiac. 14. obſ. 35.* tutorem manumittere poſſe ſervum pupillarem, ſi pupillus conſentiat.

XLI. Præter morem ſuum facit *doctiſſ. Goedd. ad l. 26. de V. S. n. 11.* ſcribens Juliani, *in l. 9. & 10. Pro empt.* geminatò referri ſententiam, non qvod à compoſitoribus probetur; ſed ut diſſenſionis veſtigium exſtet. Sophiſticamqve eſſe rationem qva *JC. in d. l. 10.* utitur. Nos Juliani honorem aſſeremus.

XLII. Judex contra communem ſententia dictâ an litem faciat ſuam controverti ſolet. Clar. *Freher lib. 1. de Famâ c. 2. n. 10.* adverſus contra ſentientes eſſe communem opinionem. Ibidemq; ſic arguit. Qvod in qq. facti fama publica, id in juris qq. communio opinio. Ex qvo ipſo ego ſic redarguo. Qvare uti ex famâ publicâ ſi nuda, nunqvam reus condemnatur, ita nec ex communi opinione condemnandus, niſi ea textu aut ratione juris firmunita.

XLIII. Interdictum Salvianum non ex jure pignoris, ſed pacto de dando pignore oriri, etſi vinculum pignoris contractum non ſit, contendit *A. Fab. 58. err. pragm. 2.* Mihi difficile eſt intelligere qvomodò ex nudò pacto, qvale illud eſt, cum contractus pignoris rei interventum exigat, oriri poſſit actio, nedum interdictum.

XLIV. Nunqvam mihi probari poterit qvod vir doctiſſ. *Jacob. Scultet. in addit. ad Modeſtin. Piſt. qq. p. 1. q. 49. n. 14.* ſcribit qvodvis pactum Chirographo ſive per ſcripturam veſtitum tranſire in obligationem literarum.

XLV. ſed & qvod eruditiſſ. *Marq. Freher. 1. Parerg. 16.* nullum eſſe contractum *μονόπλευρον* ſed ſtipulatorem qvoqve ad accipiendum teneri, vereor ut ex loco Plautino *in Epidico act. 1. ſc. 1.* ubi Theſpio ſpondet ſe cœnam accepturum, aliisve illius rationibus adſtruatur.

XLVII.

XLVI. Sicuti nec poſſum accedere *Geddeo ad l.176. de V.S.* dum ſatisfactionem veram putat etiam cum liberatio non contingit.

XLVII. Rectè Paulus *in l. pen. §.1. de pop. act.* qvi habet popularem actionem non intelligi locupletiorem. Qvia litis emolumentum non ad illum ſed ad fiſcum pertinet. Nec accipi poteſt de eo qvi litem nondum conteſtatus, qvia anteqvam judicium accipiatur uti nulla verè lis eſt, ita nec actio habetur, ac actu exſiſtit. Creditoris autem loco eſt poſt litis conteſtationem *l. 11. de V. S.* qvia cum judicium accipiendo (ſive verè *ut Donel. 12. Com. 14. Gædd. ad l. 36. de V. S. n. 22.* ſive qvaſi *ut Dd. comm.*) contraxerit *l.3.9.11. de Pecul.* novatione factâ *l. 19. D. de novat.* obligationem, qvæ prius univerſi potius populi qvàm ſingulorum, in ſe transtulit, eamqve ſuam fecit, ſubtilitate tamen juris potiùs qvàm utilitate. Eodem ferè modo, qvo Procurator judicio accepto dominus litis *l.22. & ſeq. C. de Proc.* atqve ita creditor efficitur, nec tamen poteſt dici locupletior, qvia eventus litis domini non ipſius, commodo cedit. Et ita novè ſentio.

XLIIX. Ex maleficiis tam publicis qvam privatis obligationem naturalem qvoq; orii, eamq; ex conſenſu proficiſci contendo.

XLIX. Deſertorem militiæ à patre judici puniendum oblatum, mitiore pœna plecti Impp. reſcripſerunt *l. 13. §. ult. D. de re mil.* Qvod exemplum cum in cæteris ſeqvi nos debere Menander ſcripſit, non alios deſertores militiæ tantum intelligit, ut parùm appoſitè *Pinel. ad rub. C. de bon. mat. n. 32. & ſeqq.* Qvorſum enim illud moneretur qvod omnibus reſcriptis commune: Sed alios cujusvis criminis reos, ſed ita ſi tunc offertur filius qvando judicis apprehenſionem fortè effugere poſſet *arg. l.13. §. 5. de J. fiſci.*

L. Regula per exceptionem finitur, terminatur, circumſcribitur. Non verò in firmatur aut vitiatur *Hot. 2. obſ. 18. Ant. Maſſa lib. 1. de exerc. iurisperit. n. 71. Marq. Freher. 2. Parerg. 13.* Qvo moveor ut *l. 202. de R. J.* de definitione potius Logicâ, qvam de regulâ Juris exaudiam. Contra *Coraſ 2. miſc. c. 6. n. 1. Vigl. in pr. J. de teſtam. n. 25. Ant. Aug. 3. Emend. 9. f. 167 Cuiac. & P. Fab. ad l. 1. de R. J. Rev. & P. Fab. ad d. l. 202. Forner. ad l. 141. de V. S. Briſſ. in Lex. v. definitio. Donel. de Morâ c. 5. in pr. Fachin. n. 7. contr. 52. Mercer. in Conciliatore p. m. 717. A. Fab. 1. Juris pr. 6. princ. 6. princ. 9. ill. 2. Paurmeiſter 1. de iurisdict. c. 2. n. 2. & 3.*

LI. Ma-

Digitized by Google

LI. Malè *à Cuiac. 2. obſ. 10.* exponitur *L. 2. C. de Prec. Imp. off.* Sed nec video cauſſam cur idem *3. obſ. 24.* voce *Inſtrationis* ſede dimotâ *cluſuriarum in l. ult. C. de off. milit. iud.* reponat.

LII. Non eſt qvod qvis putet verba *ob crimen habitâ qvæſtione*, redundare *in l. 14. C. ex qvib. ca. inf.* Nec malè ſententiæ congruunt, *ult. videtur Frehero lib. 3. de infamia c. 5. n. 16.* Nec pro *dici decidi* rectè *in l. 24. C. de Proc.* reponit *P. Fab. ad l. 155. de R. J. p. m. 623.*

LIII. *L. qvoties 15. C. de R. V.* nec à *Cuiac. 18. obſ. 31. & ad l. 98. de R. J.* nec ab aliis rectè acceptam ſuſpicor. Deqve receptiſſimâ Dd. traditione emtorem poſteriorem cui traditio facta ſit, priori præferri an *ex d. l. 15.* eliciatur addubito, *contra omnes.*

LIV. Exceptionis non num. pecuniæ benef. nec per renunciat. adimi meritiſs. qvondam hujus academ. anteceſſor & Ordinarius *Matth. Coler. de Proc. exſec. p. 1. c. 10. n. 199. & ſeqq.* probat. In cujus ſententiam hæc præterea me ratio pertrahit qvod vi ipſa iſthac conventione dolus futurus remitti videatur.

LV. Vitricum privigno tutorem eſſe poſſe *l. ult. C. de contrar. tut. indicio l. 32. §. 1. D. de adopt.* cum tamen ob eum mater tutela filii arceantur, mirum merito alicui videatur. Novam diſcriminis rationem dabo.

LVI. Ex *l. ult. C. de fideicom.* heredem legitimum ad præſtanda, niſi jure ſe liberare malit, fideicommiſſa teſtam. relicta, non compelli ſtatuo. Nec etiam *cum A. Fab. 67. err. Prag. 7. & 3. ſeqq.* jus illud *d. l ult.* fideicomm. proprium, ad alia relicta, etiam poſt exæqvationem legatorum, non extendi ſcribenti ſentio.

LVII. Nulla præpoſteratio eſt ſermonis *in l. 12. C. de ſent. & interloc. ceu volunt. P. Fab. 1. Semeſtr. 23. & Rev. 4. var. 2.* Nam cum directa ſit ad Proconſ. Aſiæ, qvâ in provincia Græca lingva uſitatior Latinâ, magis dubitatum fuit de Latinâ. Falſumq; eſt ante eam l. Græcè non proferri potuiſſe ſententias, nec probatur *ex l. 48. D. de re ind.*

LIIX. Donatio mortis cauſſa num reqvirit 5. teſtium interventum? Id apud omnes expeditum *l. ult. C. de don. mort. ca.* ſuſpectum reddere nititur *A. Fab. 44. err. pragm. 1.* Sed fruſtra.

LIX. Legem Juliam de adult. in nuptiarum temeratores mor-

XXCIV. Ex *c. ult. ca. 17. q. 2.* liqvidò apparet nec jure Canon probari extenſionem remedii *l. 8. C. de revoc. don.* ad extraneos. Qvantò minus jure civili admittenda.

XXCV. Dura verò & iniqva Gratiani ſanctio *in ca. 29. q. 1.* qvæ pactum virginis connubium, ſi ad eum (Apuleji verbis utar *in apolog. 1.*) venerit nova nupta diſpoliato pudore, flore exoleto, virgo rurſus poſt recens flagitium, improba ſed intrepida, re deinde compertâ, invitum cohabitare jubet.

XXCVI. Feſtivæ verò ſunt ac ſuaves ad ridendi materiam rationes *Rain. Corſi. 3. indag. 15.* cur Papa invocationem nominis Divini ſuis decretis non æqvè ut Imp. ſuis ll. præmittat.

XXCVII. Ingenuè Cujac. Papæ lapſum *in c. etſi 4. de iudic.* ſine calumnia excuſari non poſſe. Sed & ſcitior eſt *eiusdem ad c. 12. de foro comp. & ad l. 38. de pact. ac P. Fabri ad l. 27. de R. J.* reprehenſio rationis Pontificiæ *in d. c. 12.* cur clerici ſæculari jurisdictioni ſe ſubjicere neqveant, qvàm defenſio *A. Fabri ad d. l. 38.*

XXCVIII. Qvid miri ſi Papicolæ hodieq; per fidem juſtos nos fieri inficientur, eorum, cum qvondam Pater patratus Innoc. III. cumqve illo omnes Synodi generalis Patres, mitrati ac infulati fidem Chriſtianam cum bona fide, qvæ in uſucapione reqviritur, confundant *c. ult. de præſcript.*

XXCIX. Detractionem duarum qvartarum, invito jure civili, Pontif. *in c. Rainutius de teſtam.* verè induxiſſe puto, qvicqvid aliter interpretetur *Ang. Mattheac. 2. de viâ iur. 25. n. 30.*

XXCX. Qvæ Legibus conſtituta ſunt de nuptiis viduarum immaturis, ſummâ ratione nituntur. Ea dum Innoc. III. *in c. ult. de ſec. nupt.* tanqvam juri Divino diſſentanea, damnat, prave dicto Apoſtoli *1. Corinth. 7. v. 39.* abutens, ſuam juris divini imperitiam manifeſtè prodit.

XC. Cum uſurariis manifeſtis teſtam. factio activa non ſit *c. qvanqvam 2. in fi. de Uſur. in 6.* ideò *in c. tua nos, de Uſur.* ubi proponuntur bona uſurarii ad extraneos devoluta, opponuntur extranei liberis, ut ſuis, non verò cognatis, aut legitimis hæredibus.

XCI. Minor 25. annis jure Canon. ad judicia Procurator eſſe neqvit *c. 5. de Procur. in 6.* Qvod ex errore interpp. in decreta tran-

ſiiſſe ſcribit *Cuiac. 22. obſ. 16.* cum Jure Civ. aliud obtineat: Qvod tamen non aliter admitto qvàm ſi pro majore intervenerit, ubi reſtitutionis ac eluſorii judicii metus ceſſat, non ſi pro alio minore: Cui conſeqvens eſt *l. 13. de man. vind. & §. Juſta 5. J. Quib. ex ca. man. non lic.* de alio qvàm ad negocia Procuratore accipi non debere.

XCII. Qvantumvis diſpoſitio *l. 5. C. ad l. Jul. maieſt.* qvæ in Perduellionis crimine filios peccata Parentum qvadantenus luere definit, ſuis civilibus rationibus non deficiatur, alienum tamen eſſe debuit à beneficentiâ Bonifacii VIII. illam duritiem imitari *in c. felicis de Pœn. in 6.*

XCIII. Ceſſionis bonor. beneficium Jus Sax. excludit, debitorem, ſi in ære non habeat, ad manus creditoris condemnans *Landr. lib. 3. art. 39. Nov. D. Aug. Elect. 22. p. 2. Coler. de Proc exſec p. 1. c. 6. n. 114. &c.* Qvod verò nobiliſſ. *Benſt. ad l. admonendi 31. D. de iurei. n. 343.* cum hoc de illis intellig. ſit, qvi non malo more ſua profuderunt, eosdem nec jure Civ. per ceſſionem à carcere liberari *per l. ult. §. ult. Qvæ in fr. cred.* id nec *ex d. ult.* probatur; & aliunde convellitur. Qvin imò noviori jure nec aliis qvàm qvi ſuo vitio ſua decoxerunt flebile hoc auxilium neceſſarium, cæteris, qvi infortunio graviori reculis lapſi, ſi bonam copiam ejuraverint, liberatis *Nov. 135. ubi Cuiac.*

XCIV. Jure Sax. Falcidiæ in donationib. mort. cauſsâ locus non eſt *arg. lib. 2. Landr. art. 30.* ab inteſtato ſcil. *Nov. D. Aug. Elect. 1. p. 3.* In qvo nihil à jure communi diſcrepans, cum eo caſu nec jure civili detrahatur *l. 20. §. 1. de leg. præſt.*

XCV. Statutorum ex qvibus in caſibus nonnullis hæres qvis ad tempus conſtitui in conſeqventiam videtur, tanta abſurditas non eſt qvantam eorum acerrimus oppugnator, ſubtiliſſ. *Fabr. 27. err. pragm. 1. & ſeqq.* fingit *Po Bart. & Dd.*

XCVI. Statutum qvoqve iſtud, qvod in aliqvibus municipiis harum regionum viget, qvodqve ceu juri naturæ adverſum damnat *Coler. deciſ. 39.* nec ratione primâ facie ſpecioſâ carere videri poſſet: Qvod ſocietas omnium bonorum ipſâ initione matrimonii inter conjuges coita videatur. Nec exemplis aliorum. Cum hujus modi communio in Galliâ fere tota (alibi tamen omnium omnino, alibi omnium mobilium & ex immobilium ſtante matrim. qvæſitorum)

Digitized by Google

ciesîegerit, Imp. aliud ibi non intendit. Baſiiqve interpretatio à vera Imp. mente immane qvantum diſcrepet.

LXIX. Falluntur & fallunt, qvi *ex Nov. 89.* liberos naturales ante Conſtantini tempora jure civitatis caruiſſe affirmant. *A. Fab. ad l. 17 de ſta. hom. & 1. Juriſpr. 4. & tit. 9. pr. 2. ill. 1.* totis viribus contendens naturales nec ab extraneis inſtitui potuiſſe. Cui nos reſiſtemus & *ex d. Nov. 89.* novâ ratione expediemus.

LXX. *Verſ. ult. c. 5. Nov. 117.* qvi maritum qvartam ex ſubſtantia mulieris accipere prohibet generaliter non eſt accipiendus, ſed ex proximè præcedd. ad eam ſpeciem reſtringendus qvando vir uxorem indignè expulit.

LXXI. Taxetur licet non injuſtè nimia Juſt. jur. taxandi libido in Leone Imp. Græco, juſtè tamen idem *Nov. ſuâ 65.* abrogavit *l 4. C. de Maleſ.* Qvæ injuſta tum aliis, tum meritò viſa eſt nobiliſſimo JCto *Jo. Georg. Gœdelmanno lib. 1. de Mag. c. 8. n. 39.* Nam, qvæ pro ſalvandâ eâ adfert *Alb. Gentil. l. ad d. l. 4. cir. fi.* animum meum non explent.

LXXII. Canones qvi dicuntur apoſtolorum, non ſunt.

LXXIII. Feudum qvi proprium eſſe negant, qvod pecuniâ comparatur, moveri non debent textu *1. F. 27. pr.* Ejus enim ſenſus longè alius.

LXXIV. Nec naturam Feudi rectè perpendiſſe, nec definitionem ab Oberto *2. F. 23.* traditam conſideraſſe, nec evidentem diverſit. rationem inter Feudalem ac Emtionis contractum animadvertiſſe videntur Dd. qvi Feudum in re alienâ conſtitui poſſe ſtatuunt.

LXXV. Circa interpretationem *auth. Sacram pub. qvæ ex 2. F. 53. §. ult. Jerem. Setſer. lib. 1. de Juram. c. 11. n. 6. & ſeqq.* bifariam errat. Tum qvod eam accipit de Juram. adjecto contractibus nullis & invalidis: Tum qvod inde probat contra juratam promiſſionem reſtitutioni in integrum locum eſſe, qvia læſioni enormi dolus inſit: Dolus enim hic non eſt ex propoſito ſed ex re. Nam ubi verus dolus reſtitutio in int. non deſideratur *l. 16. de minor.*

LXXVI. Improba conſvetudo qvæ contra *l. 1. C. de naufrag. & auth. navigia C. de furt.* res naufragas dominis territorii, ad cujus lit-

Digitized by Google

rum) receptam teſtentur *Duar. ad ti. D. Pro ſoc. c. 1. Baro in §. 1. J. de ſociet. Cuiac. ad c. 1. 2. & 3. ex l. de don. int. vir. Copus lib. 3. de fruct. tit. 2. c. 10.* (referens eâ bona inter mariti & præmortuæ uxoris heredes dividi) *Nicol. Valla de reb. dub. tr. 13. Donel. 13. Com. 16. Con. 2. ſubſ. lect. 19. n. 2. Balduin. ad ll. Romuli in l. 13 Forner. 3. rer. qvotid. 29. in fi.* Et apud Brugenſes *Curt. 1. Coni. ad Viv. 1.* & in pleraqve Belgicâ *Paul. Buſius ad l. 13. §. 1. D. Pro ſoc. n. 2.* Ac in ducatu Slesvicenſi. *P. Cypra de ſponſal. c. 5. §. 14. n 4. & §. 35 n. 5. & de matrimon. c. 8. n. 5.* Verùm à Coleri ſententiâ non dimoveor, cum & ea conſvetudo omnino poſt *Coſtal.* diſpliceat *Sc. gentili l. de donat. int. vir. & ux. c. 15.*

XCVII. Barbara verò planêqve ἄλογ☉, ſed feritati gentis efferæ conveniens L. ex illa regia Hiſpanorum, qvam *Ant. de Padilla* citat *ad auth. res qua C. Com. de leg.* qvâ patri ex famis neceſſitate licet filium comedere:

XCVIII. Dictum *Deut. 11. c. 24.* Qvicqvid calcaverit pes tuus &c. ad poſſeſſionis naturam non ritè accommodatur ab *Alciato ad l. 1. pr. de acq. poſſ. n 2. & P. Greg. 1. Synt. 13. n. 9.*

XCIX. Ex facto qvoqve Abrahami *Geneſ. 22.* divinæ præceptioni morigeri, filium immolare parantis, jus patriæ poteſtatis apud Hebræos perqvàm impertinenter elicitur.

C. Valdè verò non egregia, ſed vana ne dicam ſacrilega illa otioſorum hominum odioſa diſputatio; an præpotens DEUS ſuis ipſe legibus & præceptis Decalogi alligetur. Qvam poſt alios movet *Vaſq. l. ill. contr. 27.*

Atq; ita finio cum DEO

Moniti meliora ſeqvemur.

DISSER-

DISSERTATIO XIII.

DE

RERUM USUCAPI-ONE,

Autore

D. HENRICO GEBHARDI, ol. Cancell.

Saxo-Altenb.

Pro Gradu Jehnæ.

Anno 1608.

DE USUCAPIONIBUS.

PRÆLUDIUM.

INter cæteros adqvirendi dominii modos, ſicut utilitate haud qvaqvam poſtremus: a *ita cognitione digniſſimus, ſed difficillimus* b *videtur is, qvem Uſucapionis* c *nomine inſignimus,* d *ac varii variè deſcribunt. Nos JCtorum finitionibus leviter inflexis, ita.*

(a) publico qvippe bono uſucapio introducta, l.1. ff.h.t. Tum, ne qvarundam rerum diu & fere ſemper incerta eſſent dominia, in pr. Inſt. & d.l.1.d.t. Tum, ut ſit tandem finis aliqvis litium, l. fin. ff. pro ſuo, l.2.ff.de aq.pluv.ar.l.ſingulis 6. de except. rei jud. l.20. C.de agric Cic. pro Cæcinna Ciſner. ad d.l.1. Obrecht. in diſp. de uſucap. theſ.293. Giphan. in ſign. de uſucap. diſp. th.26. & ad Inſt, diſput.11. th. 3.

Digitized by Google

th.3. Dd. comm. ad d.l.1. & ad pr. Inſt. h.t. Sed an naturali qvoqve æqvitati conſentanea? Ajo, per d.l.1. ff.h.t. l. Alienationis 28. ff. de V.S. ubi Joh. Gœdd. Balb. part. 1. de præſcript. qv. 5. Covarr. in c. poſſeſſor part. 1. §. 1. n. 5. de R. J. in ſexto. Arius Pinell. in auth. niſi tricennale C. de bonis maternis. n. 40. Fernand. Vaſqvi. illuſtr. qvæſt. 51. & 52. Colerus ad rub. extr. de præſcript. n. 14. fusè in utramq; partem Petrus Gilken. d. part. 1. de præſcript. c. 1. Giphan. d. diſp. 11. th. 3. Enantiophanων ſolutionem ipſa velitatio ſuppeditabit. (b) Teſtib. Balb. & Gilkenio in præfat. tract. ſuorum: (c) qvam vocem trifariam interpp. uſurpant. (1) largè pro omni dominii adqviſitione, qvæ per uſum ſeu poſſeſſionem contingit, qvo ſignificatu hodiè etiam longiſſimi, immò & immemorialis temporis præſcriptionem ambitu ſuo continet, non tamen actionum, Balb part. 1. qvæſt. 1. n. 2. Fridericus Tilem. volum. 2. diſp. 14. th. 3. & 12. qvomodo nos qvoq; uſucapionis appellatione hîc utimur: (2) ſtrictè ſumitur pro uſucapione ſaltem antiqva, nempe triennali mobilium & longi temporis immobilium tot. t. Inſt. & ff. de uſuc. Obrecht. Reuſner. Giphan. loc. prædictis, Schn. in pr. hîc n. 4. Balb. d. qvæſt. 1. n. 2. (3) in ſignificatu ſtrictiſſimo opponebatur poſſeſſioni temporis longi, prout Pulchre explicat Treutl. volum. 2. diſp. 22. th. 1. lit. g. Obrecht. th. 37. & ſeqq. Petrus Heig. in pr. Inſt. h.t. n. 2. 3. 4. qvæ differentiæ hodie ſublatæ per l. unic. C. de uſuc. transformand. Nam qvod gloſſa in rub. l. 3. h. t. Hoſtienſ. in ſumma de præſcript. Balb d. qvæſt. 1. Schneidvv. d. loco n. 9. & alii complures, uſucapionis nomen propriè ad mobilium adqviſitionem pertinere tradunt, id cum recentioribus non immerito improbamus l. non ſolum 33. §. ſi dominus 2. & ſeq. ff. h. t. l. furtū 37. cum ſeqq. ff. eod. Obrecht. th. 14. & ſeqq. Illud largimur Dn. Vultejo Juriſpr. c. 71. Uſucapionem propriè rerum eſſe corporaliū l. ſervus 43. §. 1. ff. de adqvir. rer. dominio, minus proprè rerum incorporalium ſeu jurium l. 4. §. final. ff. h. t. ubi Ciſner. & Cujac. (d) Nempe ab uſu, id e. poſſeſſione l. 115. de V.S. l. 3. & 25 ff. h. t. & capiendo ſeu capione deducto: Capere enim eſt qvid dominio ſuo mancipare l. aliud 71. ubi Alciatus & Gœddeus ff. de V.S. & Capio eſt rei cujusdam adqviſitio præſertim lucrativa l. 8. 12. 18. & 21. ff. de mortis ca. donationib. Inde uſucapere eſt per poſſeſſionem (qvæ dominii initium vocatur in l. 1. ff. de adqvir. poſſeſſ.) ipſum rerum dominium adqvirere

Digitized by Google

Connan.3. comm. 11. Oldendorp. tract. h. § 1. n.3. Giphanius 11. th. 4. & interpp. comm. in princ. Inſtit. h. t. (e) Uti videre eſt apud Ulpian. infragm. tit. 19 § 7. Modeſtinum l. 3 ff. h. t. & ibid. Paul. de Caſtro. Oldendorp. d. § 1. n. 7. Balbum dict. quæſt. 1. Colerum in rubr. extr. h. t. Schneidvv. in pr. inſt. h. t. n. 4. Petr. Gilkenium d. part. 1. c. 2.

AXIOMA I. Uſucapio eſt civilis a *adquiſitio* b *dominii* c *per continuationem bonæ fidei poſſeſsionis tempore lege definito* d

(a) In pr. Inſt. & l. 1. ff. h. t. §. final. Inſt. de uſu & habitatione cum ibidem notatis. An inventione? Nego contra Balbum part. 1. quæſt. 4. Schneidvv. ad d. pr. n. 10. Arium Pinell. d. loco n. 39. & alios, cum Obrechto th. 59. ubi oſtendit uſucapiones ante Romanas 12. Tab. leges etiam apud Græcos in uſu fuiſſe ex Platone de ll. lib. 12. & Iſocrate in Archidamo. Eſt itaque uſucapio juris civilis non inventione, ſed approbatione, reformatione, confirmatione Vult. 1. juriſpr. c. 1. (b) Adeptionem vocat Ulpian. d. t. 19. quod perinde eſt; Adjectionem Modeſtinus, quam vocem generis loco malunt Weſenb. in fin. hic n. 3. & ad Inſt. eod. n. 2. Mynſing. n. 6. Contr. 1. diſp. 10. Heig. in pr. Inſtit. h. t. n. 9. & ſeqq. Ea inducti ratione, quod poſſeſſori adjiciatur potius dominium à lege, quam illico per traditionem adquiratur. Verum leviuſcula iſthæc videtur animadverſio. Nam & quod adjicitur adquiri recte dicitur Gulielm. Forner. 2. ſelect. c. 17. Vult. 1. Juriſpr. 71. n. 2. Giphan. dict. diſp. 11. n. 8. & uſucapio inter modos adquirendi aperte refertur ab Imper. d. §. final. Inſt. de uſu & habitat. §. final. Inſt. per quas perſ. cuique adqui. (c) Non utilis ſaltem: ſed veri omnino atque legitimi, quod vulgo directum vocant d. l. 3. ff. h. t. l. traditionib. 20. C. de pactis l. unic. in fin. C. de uſucap. transform. l. 1. C. de præſcript. long. tempor. Weſenbec. in fin. n. 4. Mynſing. ad rubr. Inſt. n. 7. Coraſ. 6. miſcell. 20. n. 3. M. Anton. Muretus in epiſt. Giphanius pulchrè diſp. 11. n. 12. Ciſner. ad d. l. 3. n. 4. copioſe in utramque partem P. Gilkenius d. part. 1. c. 3. (d) Tria ſunt generalia ſive communia cujusvis uſucapionis requiſita.

(1) poſ-

(1) poſſeſſio eaqve continua: interrupta namqve nihil conducit l. 2. l. 3. l. 20. l. 25. l. 31. & §. 1. ff. h. t. l. 19. ff. ex qvib. cauſ. major. l. 1. C. comm. de uſucap. c. fine de R. J. in 6. (2) Bona fides in pr. inſt. h. t. ubi interp. l. ſi fur 32. §. 2. ff. h. t. eaqve vel civili qvoqve jure, non ſolum ad uſucapionem temporis longi l. 2. l. ſi fraude 6. l. emptor 9. C. de præſcript. long. tempor. ſed etiam longiſſimi l. ſi qvis emptionis 8. C. de præſcript. 30. annor. (contra, qvam Mynſing. 4. obſervat. 6. Gilken. p. 2. m. 2. c. 1. n. 3. & alii multi putarunt) canonico autem indubie ad qvamvis uſucapionem etiam eam, qvæ tempore conflatur immemoriali, adeò neceſſaria eſt d. c. poſſeſſor d. R. J. in 6. c. vigilanti, & c. final. extr. de præſcriptionibus Balb. 2. part. p. pr. 3. qvæſt. 6. Cæpolla de ſerv. c. 24. n. 7. Dyn. Muxell. in d. c poſſeſſor. Mynſ. de obſervat. 6. Oldendorp. de uſucap. n. 17. Schneidvv n. 14. & ſeqq. Heig. n. 29. Gilken. part. 2. m. 2. c. 1. & ſeqq. Ut qvamvis ſecundum leges ſufficiat ab initio, cum traderetur res, bonam fidem habuiſſe l. ſed etſi 7. ff. de public. l. ſi aliena 10. in pr. l. ſi is qvi 15. §. final. l. juſto 44. §. 2. l. ſi exiſtimans 48. de uſucapionib. l. 2. §. ult. l. 7. §. 4. pro emptore §. diutina Inſt. de uſucapionibus l. unic. C. de uſucap. transform. l. ult. in fin. C. de præſcript. longi tempor. Azo in ſumm. C. pro emptore n. 20. Tamen ex canonum præſcripto etiam ſuperveniens mala fides uſucapionem enervet d. c. poſſeſſor de R. J. ubi Dyn. & Peck. d. c. vigilanti & c. ult. extra de præſcriptionibus. Hoſtienſ. in ſum. hîc n. 15. Mynſ. Schneid. Cæpolla Olden. locis dictis Gail. 2. obſervat. 18. n. 7. pulchrè Giphanius d. diſp. 11. n. 17. Gilk. d. memb. 2. c. fin. Andreas Rauchbar. qv. 28. n. 11. Ubi tamen n. 27. ex Balb. 2. part. p. pr. 3. qvæſt. 1. n. 14. Weſenb. conſil. 14. n. 79. Vaſqvi qvæſt. 77. n. 6. Fach. 1. controverſ. 6. Zang. part. 2. de except. c. 8. n. 44. & aliis, hoc ipſum ita rectiſſimè declaraſſe videtur, ut non ſufficiat mala fides præſumpta, ſed neceſſe ſit ut ſuperveniat certa & indubitata rei alienæ conſcientia, qvod placuit qvoqve Gilkenio: part. 2. m. 2. c. 2. n. 38. & ſeqq. & ejusdem p. memb. 1 c. 3. n. 11. 12. Tertium reqviſitum eſt decurſus temporis lege definiti d. l. 3. h t. Qvod antiqvo jure circa mobilia erat anni unius, circa res ſoli bienni Ulpian. d. §. 7. Hodie pro diverſis uſucapionum generibus tempus aliud atqve aliud lege præſcriptum, Azo in ſum. C. h. t. n. 3. uti ex ſingulis ſpecieb. deinceps planum fiet.

Forma itaqve generica omnium uſucapionum in eo eſt, ut poſſeſſio fide bona tempore continuetur legitimo, ac mediante ita poſſeſſione, tandem ipſum capiatur rei dominium d. §. penult. Inſt. per qvas perſon. cuiqve adqvir.

II. Hinc uſucapionum capaces non ſunt, tum ἀπόλιδες, a *tum alii qvilibet, qvi vel omninò poſſidere neqveunt*, b *vel poſſident pro alieno.* c *Uti nec uſucapi poſſunt niſi res ſaltem eæ, qvæ & poſſideri.* d

Ex definitione qvatuor admodum memorabilia reſultant poriſmata, primum qvi uſucapere neqveant explicat, nempe triplicis generis perſonæ: (a) unum genus eorum eſt; qvi jure civitatis prorſus carent, ἀπόλιδες dicti a JCtis in l. 1. §. 2. de legat. 3. & l. ſunt qvidam 17. §. 1. de pœnis: Hi enim uſucapionis, qvam civilis juris eſſe modo probavi, participes procul dubio non ſunt, d. l. ſunt qvidam 17. de pœnis d. l. 1. §. 2. de leg. 3. l. 6. §. 1. ff. de heredib. Inſtit. l. qvod attinet de R. J Fernand. Vaſqvi lib. 2. controverſ. qvæſt. 51. n. 28. Tales autem ſunt peregrini, Reuſner. part. 1. de teſtament. c. 54. Vaſqvi. d. loco. Deportati l. penult. §. ult. ff. de var. & extraord. cognit. d. l. ſunt qvidam Gilken. part. 3. tract. h. c. 6. Banniti ſeu proſcripti imperii Gilk. d. c. 6. n. 8. Reuſner. d. part. 2. c. 57. Servi pœnæ d. l. ſunt qvidam §. 1. Inſtit. & l. fi. ff. de cap. minut. l. 1. C. de pœnis, Gilken. d. c. 6. n. 74. Obſides; & qvi ab hoſtib. capti in eorum poteſtate ſunt, l. ſi is qvi 15. ff. de uſucap. Gilk. d. part. 3. c. 5. An etiam extranei qvivis, licet juris Romani & Chriſtianæ religionis nobiſcum habeant communionem: velut Itali, Hiſpani, Galli, Angli, Belgæ & ſimiles? Non videntur hi omnino inter peregrinos referendi; Petrus Gilken. d. part. 3. c. 11. atqve ideò cum grano ſalis accipienda tradita Vaſqvii loco modo citato. Excipienda qvoqve temporis immemorialis præſcriptio, utpote, qvæ inter omnes gentes videatur recepta, ac propterea in peregrinos qvoqve cadere, ex ſententia Gilkenii d. c. 11. n. 15. (b) Deinde qvi poſſidere neqveunt, etſi cives Romani ſint, eos

nec

Digitized by Google

nec uſucapere qvoqve poſſe plusqvam manifeſtum fit ex l. ſine poſſeſſione 25. ff. de uſucapionib. Tales ſunt (1) Monachi & religioſi bonorum incapaces, velut Franciſcani & alii mendicantes c. unic. de relig. domib. c. exiit, qvi ſeminat 3. d. V. S. in 6. clem. Exivi eod. t. Forſt. l. 4. de ſucceſſ. c. 23. n. 31. (2) Infantes & furioſi, l. 1 §. furioſus 3. l. qvamvis 32. §. infans 2. verſ. nam alioqvin. ff. de adqvir. poſſeſſ. Enimverò tam infante auctore tutore, d. §. furioſus, d. §. infans l. donatarum 3. C. de adqvir. poſſ. l. ſervo invito 65. §. ſi pupillo ff. ad SCtum Trebell. qvam furioſum per curatorem, vel curatorem potius ipſum loco & nomine furioſi, & poſſeſſionem ut adqvirat, & ut uſucapiat, tandem utilitatis cauſa receptum eſt, Ciſner. ad l. 4. in pr. d. t. Gilken. d. part. 5. c. 1. n. 3. & ſeqq. & c. 2. n. 3. & n. 35. Qvin etiam ſervus vel filiusfamiliâs peculiari nomine iisdem uſucapit, d. l. qvamvis 63. de acqvir. poſſ. l. Labeo 8. l. ſi ſervo 29. l. nunqvam 31. §. ſi ſervus 3 ff. h. t. Sed & ipſemet furioſus uſucapit id, qvod ante furorem uſucapere cœpit, l. 4. §. furioſum l. juſto 44 §. eum qvi ff. h. t. Cœterum pupillus infante major, mutus, ſurdus, prodigus, etſi ſub curatoribus ſint: tamen, qvia intellectum habent & rem ſuam meliorem facere non prohibentur, uſucapere omnimodo poterunt, l. 9. ff. & in pr. Inſtit. de autor. tutor. l. 6. d. V. O. l. in qvibuscunqve 48. de O. & Act. (c) Deniqve uſucapere neqveunt, qvi pro alieno poſſident, alia nimirum, qvam dominii cogitatione & affectione, ſive ſibimet ipſis poſſideant, velut creditores pignus, l. pignori 13. l. ſervi 16. ff. hoc tit. l. non ſolum 33. §. qvi pignori ff. eod. l. qvi pignoris 36. de adqvir. poſſeſſ. Rem precariò habentes, l. 6. §. is qvi rogavit ff. de precario, l. 2. §. qvod vulgo ff. pro herede: Fructuarii, l. neqve 8. C. de uſufruct. Emphyteutæ & Vaſalli, proprietatem ſcil. tenus, argumento d. l. pignori, verb. pro alieno & l. non ſolum §. qvod vulgo ff. h. t. Vult. 1. de feudis 9. n. 18. Giphan. diſp. feudal. 6. th. 5. (Nam, qvantum ad utilitatis dominium, ſive uſumfructum rei attinet, etiam vaſallus ac Emphyteuta, & ſibi, & pro ſuo poſſident: qva de re accuratè Petr. Frider. Mindan. in tract. de materia & cauſa poſſeſſ. c. 2. 3. 4. ac per conſeqvens etiam uſucapiunt, non proprietatem tamen: ſed feudum ſed Emphyteuſin: Zanger dic. part. 3. de except. c. 8. n. 30. qva de re plura inferius axiom. 9. & 11.) Sive teneant alteri, ſeu alterius no-

mine in poſſeſſione ſint, velut ſervi, inqvilini, coloni, depoſitarii, commodatarii, d.l. Labeo 8. d. l. nunqvam 31. §. ſi ſervus 3. d. l. non ſolum 33. §. 4. & ſeqq. ff. de uſucap. Per hos tamen utrosqve uſucapio procedit ei, qvi dominii affectione rem eandem poſſidet, puta debitori, precario concedenti, proprietario, domino emphyteuſeos, vel feudi, vel mancipii, locatori, depoſitori, commodatori, per textus jam ante citatos. Qvid de filiofamiliâs ſtatuendum? Is hodiè ex nulla alia cauſa, qvam peculii profectitii, patri, d.l. nunqvam 31. §. ſi ſervus ff. h. t. l. 1. §. item adqviritur, l. 49. §. 1. de adqvi. poſſeſſ. Ex aliis autem omnibus cauſis, puta tam adventitii, §. 1. Inſtit. per qvas perſon. cuiqve adqvir. l. cum oportet. 6. §. 1. C. de bonis qvæ liberis: qvam caſtrenſis, d.l. 4. §. 1. h. t. l. 2. ff. de SCto Macedon. l. 1. §. nec caſtrenſe ff. de pec. caſtrenſ. peculii ſibimet ipſi per uſucapionem adqvirit, Ciſner. ad d. l. 4. Gilken. part. 3. c. 3. & 4. (d) Alterum definitionis noſtræ conſectarium; Qvæ namq; res uſucapi qveant? ex eadem poſſeſſionis voce infert. Nempe qvod nullæ, niſi qvæ & poſſideri, d.l. ſine 25. ff. h. t. l. deniqve 19. ff. ex qvib. cauſis major. Aſt poſſideri neqveunt: Res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo, §. 1. Inſtit. & l. 9. ff. h. t. ubi Cujac. & Ciſner. l. 30. §. 1 de adqvi. poſſ. l. 23. eod. l. final. C. de præſcript. pro libert. l. 6. C. de ingen. l. 21. C. de evict. Franciſc. Sonſbec. 12. de feud. n. 152. Balb. 5. p. p. pr. 5. qvæſt. 9. circ. fin. & part. 1. p. pr. 6. n. 13. Nec non eæ, qvæ in rerum natura revera non ſunt. Qva ratione, qvi parens, filius frater, conjux, cognatus, ſacerdos, tabellio, doctor, laureatus, legitimus in veritate non eſt, nullius poſſeſſionis uſucapionisve beneficio talis efficitur unqvam, c. non debetur extr. de conſang. & affin. argumento l. qvi in provincia ff. de ritu nuptiarum, l. eos qvi 27. §. final. ff. ad l. Cornel. de falſis l. actuarios C. de numerat. actuar. Forſt. 4. de ſucceſſ. c. 11. Balb. part. 1. p. pr. 6. n. 3. & n. 53. Gilken. part. 2. m. 1. c. 7 & 8. Pari ratione adverſum divinum jus & naturæ legem nulla unqvam licentia præſcriptione capitur, puta adverſus religionem erga Deum pietatem in parentes, patriam, liberos, conjuges; reverentiam & obſeqvium parentib. paſtorib. magiſtratui, præceptoribus ſeniorib. exhibendum, argumento § fin. Inſt. de leg. agnat. tut. l. 8. de cap. minut. l. jura ſangvinis de R. J. c. qvanto 4. cum c. ſeq. & c. cum tanto

extr.

Digitized by Google

extr. de conſuet. c. cum non liceat 12. & c. cum ex officii 16. de præſcript. c. nulla ratione 8. diſt. 93 Balb. d. p. 1. p. pr. 6. caſu 2. & 8. & p. 1. p. Pr. 5. qvæſt. 16. Schenck. Baro à Tautent. pulchrè 1. de feudis 14. n. 8. 9. & ſeqq. Politicæ tamen jurisdictioni, uti & actibus meræ facultatis præſcribi poteſt, qvo de paulo poſt.

III. Ac tantum duntaxat cenſetur uſucaptum, qvantum poſſeſſum: a *Tametſi autoris juſta poſſeſſio ſucceſſori* b *qvoqve (præterqvam in urbanarum ſervitutum libertate uſucapienda* c*) proficiat.*

(a) Tertio ex definitione noſtra eſlicimus vulgatum iſtud: Non plus intelligi uſucaptum, qvam poſſeſſum fuiſſe probari poteſt l. 1. §. 17 & 18. de aqva coc. & æſtiva l. 2. §. Julianus de itiner. act. privato c. auditis, & c. cum olim extr. de præſcript. facit l. non modus. 12. C. de ſervit. Bart. in d. l. 1. §. ſi qvis ff. de itin. act. ſerv. Weſenb. in par. t. hic enim 11. Coler. in d. c. auditis n. 10. Qvantum autem in dubio poſſeſſum præſumatur accurate & copioſè, explicat Gilkenius. d. part. c. ult. per totum Georg. Obrecht. th. 82. cum ſeqq. (b) Ita, ut conjuncta utriusqve poſſeſſione compleatur uſucapio §. diutina 7. cum ſeq. Inſt. h. t. l. 14. ff. de diverſ. & temp. præſcript. modo tempore intermedio alius non poſſederit l. 20. ff. h. t. Ajo juſta: Nam improba autoris poſſeſſio etiam ſucceſſori nocebit l. Pomponius 13. §. 6. ff. de adqvir. poſſeſſ. l. vitia C. eod. Nam vero ex propria perſona & fide uſucapionem inchoare licet? Diſtingvo inter ſucceſſorem univerſalem & ſingularem. Hic namqve poſſeſſionem autoris ſui miſſam facere & ex perſona propria uſucapionem ordiri non prohibetur d. l. an vitium 5. ff. de diverſ. & tempor. qvod tamen reſtrictum qvodammodo per auth. malæ fidei C. de præſcript. long. temp. & rurſum per contrarium: ſi is ic ipſemet rem mala fide traditam acceperit, auctoris illæſa conſcientia eum haud juvat l. 2. §. ſi eam rem 17. ff. pro emptore. Atqvi in univerſali ſucceſſore plane contrarium obtinet. Nam nec bona heredis fides, autore in mala olim fide con-

ſtitu-

ſtituto, ad uſucapionem de novo inchoandam qvidqvam prodeſt l. cum heres 11. ff. de diverſ. & tempor. l. vitia 11. C. de adqvi. poſſ. l. cum in plures 6 §. 1. ff locati l. fin. C. pro herede l. final. C. comm. de uſucap. ll. 11. §. partus ff. de public. l. 4. §. 15. l. 10. §. ult. ff. h. t. ita contra Vaſqvi. 2. controverſ. 73. Vult. d. c. 71. n. 50. recte aſſerunt. Tileman. Th. 19. poſt. Balb. 1. part. p. pr. 3. qvæſt. 12 n. 12. Fach. 2. converſ. 60. Gilken. part. 2. memb. 1. c. 16. n. 29. Nec læſa ſucceſſoris conſcientia vitiat uſucapionem bona fide olim ab autore cœptam, jure ſaltem Juſtinianeo d. l. 2. §. 19. ff. pro empt. d. l. 14. §. 1 de diverſ. & Giphan. d. diſp. 11. n. 24. Unde eidem qvoqve tempora, inter mortem defuncti & aditionem intermedia, ad uſucapiendum proficiunt l. 22. l. 32. §. penult. l. 44. §. nondum ff. h. t. (c) l. ſi ædes 32. §. 1. ff. de ſervit. prædior. urbanor. Ciſner. d. l. 4. Giphan. in diſp. ſing. th. 45. & dict. diſp. 12. n. 25.

IV. Et rurſum poſſesſione, vel naturaliter qvoqvo modo a *intercepta, vel civiliter in judicio interpellata,* b *interrumpitur ſimul uſucapio.* c

Qvartum definitionis noſtræ conſectarium ex continuationis voce, contraria uſucapionis elicit, qvæ ſunt uſurpatio naturalis l. 5. ff. h. t. & interpellatio judicialis ſive civilis, l. 1. C. de præſcript. longi temporis, Vult. 1. Juriſpr. 71. cit. fin. Weſ. in par. d. hic n. 15. Ciſner. ad l. 2. hic, Obrecht. th. 282. Continua poſſeſſio uſucapionem gignit, interrupta deſtruit, l. 2. ff. h. t. Contraria enim contrariorum ſunt conſeqventia. (a) Id autem multis modis contingit: (1) per inundationem, l. 3. §. Labeo 17. ff. de adqvir. poſ. & l. qvi univerſas 30. §. 3. eod. l. 12. §. final. ff. de reb. auth. jud. poſſ. l. ſi ager 23. l. 2. C. de alluvionib. Connan. 7. comm. 12. n. 7. Tileman. th. 26. (2) per immiſſionem judicialem alterius. (3) per mortui illationem, d. l. 30. §. 1. & 2. de adqvir. poſſeſſione. (4) Per violentam dejectionem vel interverſionem, d. l. naturaliter 5 ubi Cujac. & Ciſner. ff. h t. (5) per ſpecificationem, l. rerum mixtura 30. ubi Cujac. h. t. d. l. 30. §. 4. de adqvir. poſſeſſ. Obrecht. th. 96. & 97. (6) per deſertionē poſſeſſio-

nis

Digitized by Google

nis ſpontaneam, l. 3. ſ. 6. & d. l. 30. §. 4. d. t. (7) incorporalium rerum poſſeſſio interrumpitur per diſpatientiam, uti loqvuntur, puta, proteſtationem, pignorationem, prohibitionem, l. 4. ſ. ſi viam ff. h. t. conſtit. elect. 3. part. 2. ubi Moll. Coler. de proceſſ. execut. part. 1. c. 3. n. 9. & 92. Weſenb. in par. tit. hîc circ. fin. Tileman. th. 21. cum ſeqq. (8) per captiviratem poſſeſſoris, præterqvam ſi per ſervum, aut filium ex peculii cauſa poſſideat, l. ſi is 15. ff. h. t. (9) Si is, per qvem poſſidebas, rem tuam in alium tranſtulerit, d. l. non ſolum 32. §. 4. Ciſner. in l. 2. hîc; qvod tamen ſublatum puto per l. ex Sabinianis ult. C. de adqvir. poſſeſſ. Deniqve addunt vulgo ſupervenientiam malæ fidei veræ ac poſitivæ, Canoniſt. in c. illud de præſcript. Balb. 3. part. p. pr. 6. qvæſt. 1. Andreas Rauchb. dict. qvæſt. 24. n. 20. Sed hæc vitiat magis uſucapionem, qvam interrumpit poſſeſſionem ipſam, d. l. 5. ff. h. t. Ideo de hoc dictum ſupra axi 1. (b) Civiliter interrumpitur uſupcapio per interpellationē judicialem, d. l. 1. C. de præſcript. long. temp. Nempe uſucapio triennii per ſententiam, l. 2. §. fin. pro emptore ubi Cujac. Longi temporis uſucapio per litis conteſtationem, l. moræ 26. C. de rei vendicat. l. nec bona 10. C. de long. temp. præſcript. Uſucapio temporis longiſſimi per ſolam citationem, l. 3. ſ. qvæ ergo l. 7. in pr. verſ. ſi non interruptum C. de præſcript. 30. annor. Wurmbſ. 1. pract. tit. 44. obſerv. 8. & 10. Gail. 1. obſ. 74. n. 20. accuratè Rauchb. d. qvæſt. 24. n. 3. cum ſeqq. Itaqve extrajudicialis denunciatio, ſeu interpellatio, uſucapionem minimè interpellat, Tiraqvellus de tract. convent. §. 4. gloſſ. 6. n. 38. Balb. Part. 3. part. pr. 6. qvæſt. 4. n 18. Hartm. Piſtor. qvæſt. 12. n. 44. lib. 2. Qvoniam dubium magis poſſorem reddere creditur, qvam in poſitiva mala fide eundem conſtituere, Vaſqvi d. c. 77. n. 6. Fachine. 1. controverſ. 56. Rauchb. d. qvæſt. 24. n. 17. Gilken. part. 2 m. 2. c. 2. n. 31. & ſeqq. adeo, ut nec ſufficiant actus, vel tractatus, ii, qvi fiunt coram judice qvidem, non tamen in figura judicii. **Als Vorhör und Vorbeſchied** / ex ſententia Modeſt. Piſtor. conſil. 12. n. 35. lib. 1. & qvæſt. 147. part. 4. Heig. p. 1. qvæſt. 16. n. 64. Rauchb. n. 3. niſi qvis per hujusmodi denunciationem, ſive tractatus, in certam perducatur rei alienæ notitiam. Tum enim non interpellatio, ſed mala fides uſucapionem enervat, Gilken. d. c. 2. m. 2. n. 47. & ſeqq. Rauchb.

Digitized by Google

n.29. Balb. d. qvæſt. 4. n. 20. facit l. qvi bona 23. §. fin. l. qvæſitum 40. & l. 48. §. in contrarium de adqvir. rer. dom. Petr. Frider. de cauſ. & mater. poſſ. c. 6. n. 20. Exceptionem tamen prædictorum habemus in l. 2. C. de annali except. & apud Balb. Tiraq. locis dictis. Rauchb. n. 47. qvæ talis eſt: Ut ſiqvidem poſſeſſor abſens ſit, vel furioſus, aut infans non habens curatorem, vel vagabundus, vel potens nimium, qvem convenire difficile ſit, ſufficiat ad cujusvis præſcriptionis interruptionem qverimoniæ ſeu proteſtationis libellum obtuliſſe præſidi, aut (ſi hujus copia non ſit) epiſcopo defenſorive civitatis, vel etiam, ſi nullus horum præſto ſit, teſtatò denunciaſſe ac contradixiſſe d. l. 23. (c) Inter civilem tamen & naturalem uſurpationem illud intereſt, qvod hæc omnib. prodeſt ac uſucapionem penitus ſopit: Illa interpellantem ſaltem juvat, non alium, d. l. naturaliter 5. h. t. ubi Cujac. & Ciſner. Vult. d. c. 71. in fin.

V. Genera uſucapionis duo ſunt: a *Vetus & nova. Vetus* b *eſt uſucapio rerum potiſſimum privatarum,* c *ope juſti tituli* d *modici temporis ſpatio contingens.*

(a) Antiqviſſima decemvirali lege unicum erat uſucapionis genus, qvo, non niſi cum titulo, mobilia anno uno, immobilia biennio capiebantur, Ulp. d. §. 7. Cui acceſſit, vel ut Jacob. Rævardo videtur in Triboniano n. 5. & 6. ſurrogata potius poſtea fuit, partim prætorum edictis, argumento l. 4. §. 22. & l. 10. §. 1. h. t. l. 1. ff. de ſuperf. partim conſtitutionibus Impp. l. 18. hſc. l. 76. §. 1. de contrah. empt. l. 9. de diverſ. longa poſſeſſione capio, l. 4. §. fin. & l. ult. ff. pro emptore, qvæ & longæ poſſeſſionis d. l. 76. §. 1. ſeu longi temporis l. 5. de diverſ. l. 1. cum ſeqq. C. de præſcript. long. temp. præſcriptio ac prærogativa, l. 5. §. fin. de it. act. priv. dicitur. Illa rerum tantum mobiliũ fuit & ſoli Italici: Hæc ſoli provincialis & incorporalium, ſecundum Tribonianum, d. l. unic. C. de uſucap. transform. Cujac. in d. l. 4. §. fin. ff. h. t. & l. 2. §. ſi rem ff. pro empt. Heig. in pr. Inſt. h. t. Treutl. d. th. 1. qvamvis contrarium non ineleganter defendat Ræ- vard. d. loco n. 10. per d. l. 4. §. 22. l. 10. §. 1. l. 17. l. 18. ff. h. t. d. l. 4. &

ult.

Digitized by Google

ult pro empt. l. 9. de div. l. 3. in fin. d. A. P. l. 15. §. 16. de dam. inf. l. 3. C. qvib. non objic. l. 1. C. in qvib. cauſ. ceſſet long. l. 1. C. de ſerv. fug. Tandem Juſt. Imp. non ſolum uſucapionem & longa poſſeſſione capionem in unam ſpeciem transfudit: ſed adjecit præterea genus uſucapionis plane novum, vel absqve titulo qvoqve, ſed longiori tempore procedens d. l. unic. & l. 8. C. de præſcript. 30. annor. (b) facit l. 1. § 8. ad SCtum Tertyll. l. 1. de pet. her. l. 11. de ſuis & legit. legitima qvoqve appellari poteſt. Etſi enim immutata aliqvantulum, tamen primæva ejus origo ex l. 12. tab. eſt, Cic. pro Cæcin. Gell. noct. Att. c. 10. Obrecht. th. 56. (c) Nam publicæ hoc genere non uſucapiuntur, niſi mobiles ſint, auth. qvas actiones C. de SS. Eccl. Dyn. in c. poſſeſſor, n. 18. de R. J. in 6. Balb. p. 1. p. pr. 5. q. 1. n. 10. Excipit tamen Schneid. n. 26. & 28 res mobiles Eccl. Romanæ. (d) Qva re uſucapio vetus à nova vel maxime differt; l. 24. C. de R. V. l. final. C. pro herede, d. l. un. l. 27. ff. h. t. l. 2. pro emptore l. 1. pro don. l. 4. & l. pen. C. de præſ. long. temp. in pr. Inſt. h. t. & ibi interpp. Balb. part. 1. p. pr. 3. qvæſt. 1. & ſeqq. Ciſner. ad l. 3. ff. h. t. Weſ. in par. n. 11. Gilken. memb. 1. part. 2. c. 2. Titulus autem reqviritur juſtus & ad transferendum dominium habilis. Qvales ſunt: pro emptore, pro permutato, pro diviſo, pro æſtimato, pro legato, pro donato, pro dote, pro derelicto, pro adjudicato, pro ſoluto, pro ſuo, & ſimiles l. 3. §. 21. ff. de adqvir. poſſ. l. 4. §. 16. & 17. & l. 17. l. 33. §. 3. h. t. & tit. 3. cum ſeqq. lib. 41. Dig. usqve ad finem libri, Balb. d. part. 1. part. pr. 3. q. 3. 4. 5. 6. Gilk. p. 2. m. 1. c. 14. cum ſeqq. Ubi difficilis qvæſtionis eſt: An titulus pro herede ad uſucapionem ſufficiat? Ajo, ſed ita, ut proficiat heredi, maxime vero, tam ſuo, Cujac. in l. 2. §. filium ff. pro herede Forcat. dialogo 36. n. 5. Pinell. in rub. C. bon. mat. part. 2. n. 39. Gilken. d. m. 1. c. 16. n. 14. argumento l. penult. §. 1. ff. pro ſuo, qvam extraneo, l. 3. ff. pro herede: Immo illi etiam, qvi nullis extantib. ſuis heredibus, l. 2. C. pro herede ex probabili cauſa ſe heredem putat, l. 1. ff. qvorum bonor. ad uſucapiendas res duntaxat alienas in hereditate repertas, d. l. 3. ff. pro herede, modo non fide mala, d. l. 11. ff. de diverſ. & tempor. l. final. C. de uſucapion. pro herede, ubi Azo in ſumm. n. 4. l. 1. §. 15. l. 10. §. fin. ff. h. t. l. 11. § partus ff. de publiciana, Matth. Gribald. in comm. opin. verb. præſcript. verſ.

 ſucceſſor,

ſucceſſor, aut pro alieno, l. 60. §. 1. ff. locati, l. 2. §. 1. ff. pro herede, l. 8. C. de uſufr. (& ita accipio qvoqve l. 1. & fin. C. pro herede) a defuncto poſſeſſas: Non proficiat autem heredi putativo adverſus heredem verum, l. 2. C. pro herede, l. 29. ff. h. t. vel coheredi adverſus coheredem, d. l. 29. h. t. l. 1. §. filium, ubi Cujac. pro her. ad uſucapiendum hereditatem, vel partem ejus, res ve defuncti proprias, licet ſingulares, l. 7. C. de petit. her. l. hereditatem C. in qvib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript. Qvo pacto leges modo citatæ, qvæ contrariæ videntur, conciliandæ, Gilken. d. c. 16. Sed anne putativus qvoqve titulus pro juſto habendus? Diſtingvo cum Ciſnero: Intereſſe, juris, an facti ex errore falſa hujuſmodi opinio deſcendat. Errore juris ad uſucapiendum regulariter non prodeſt, l. 31. l. 32. §. 1. ff. h. t. l. 2. & 7. ff. de ignorant. jur. & facti, l. 1. in pr. C. ſi qvis ign. rem minor. l. 7. in fin. C. de agric. & cenſit, niſi qvis forte erret in jure controverſo, aut præſtantis alicujus fretus autoritate, JCti, l. 36. in fi. h. t. cum dilectus extr. de conſvet copioſè Gabriel. lib. 5. concluſ. comm. tit. de præſcript. concluſ. 14. Gilk. p. 2. m. 1. c. 3. Error facti in hoc juris argumento qvatruplicis eſt generis, Cujacius in l. pen. ff. h. t. Nam, aut (1) titulus revera interceſſit, ſed erratum eſt in perſona, qva cum contraxi, puta emi à furioſo, qvem, ſanæ mentis putabam, l. pignori §. 1. ff. h. t. l. 2. §. 17. pro empt. d. l. ſed & 7. §. Marcellus ff. de public. vel impubere, qvem puberem eſſe credebam, d. l. 2. §. ſi à pupillo pro empt. vel ab eo, qvem procuratorem eſſe ac mandatu domini vendere opinabar, l. fin. junct. l. 7. §. 6 ff pro emptore, facit l. ſolutum 11. §. fin. ff. de pig. act. l. mandatum 57. ff. mandati, Gilken. p. 2. memb. 1. c. 1. n. 24. Aut (2) alia, cauſa pro alia accipitur, puta, qvod emptum erat, donatum credo, d. l. Nunqvam 31. §. fin. ff. h. t. Et hæc duo erroris genera uſucapionem minime impediunt, per textus citatos. Aut (3) traditur mihi aliqvid ex cauſa falſa, qvam ſi non uterqve, ego tamen accipiens veram eſſe putabam, verbi gratia; tanqvam ex ſtipulatu, cum promiſſum non eſſet: tanqvam ex teſtamento, cum relictum non eſſet: tanqvam donatum, cum nulla donatio facta: Qvalis error pro titulo eſt, l. ſi exiſtimans pen. ff. h. t. l. 2. & §. 1. pro emptore, l. ult. pro legato, l. 3. & 4. in fin. ff. pro ſuo. Nam etſi non uſucapiatur pro debito, pro legato,

pro

Digitized by Google

pro donato: tamen uſucapitur pro ſuo. Ita accipiendi textus in l. Celſus 27. ff. h. t. l. 1. ff. pro donato, l. 1. 2. 3. pro legato, l. nemo pro derelicto, l. 1. §. ult. pro dote, §. error. 6. Inſt. h. t. Excipitur tn. emptionis cauſa, qvæ niſi vera ſit, nihil proficit, per rationem, ut eſt in l. pen. h. t. & d. l. 1. §. 2. pro empt. Auth. Aut, (4) cùm nec traditio, nec cauſſa ulla præceſſerit, errans rem, cujus ſine vitio poſſeſſionem nactus, meam eſſe puto: Et talis error ad uſucapiendum non prodeſt, niſi prægnans admodum ac probabilis erroris cauſa proferatur, puta, ſi forte procurator, ſervus, filius emiſſe ſe mihi perſvaſerit, aut ei, cujus in locum ſucceſſerit, emptum fuiſſe falſo exiſtimem, l. qvod vulgo 11. ff. pro emptore l. final. ff. pro ſuo. Idem eſſe putant, ſi qvis fama adductus rem ſuam credat, Bart. in l. Celſus n. 4. ff. h. t. Balbus n. 41. & alii permulti, relati à Gilk. d. c. 1. n. 65. (c) Titulus hoc præſtat poſſeſſori, ut facilius maturiusqve ipſi procedat uſucapio: qvandoqvidem fovorabilior ejus cauſa, qvi titulo nititur, qvam qvi nullo, Bart. in l. naturaliter 15. ff. h. t. n. 1 Balb. in 2. part. pr. qvæſt. 1. Dynus in d. 2. poſſeſſor n. 12. Coler. in c. de qvarta n. 45. extr. de præſcript. Schneid. de præſcript. ſpecieb. n. 56. Sed an titulus, qvi ab initio defuit, ſi poſt ea ſuperveniat, idem operabitur? Ita puto, per l. cum vir 42. ubi Bart. n. 15. Gilkenius part. 2. memb. 1. c. 12.

VI. Uſucapi ergo hoc genere nequeunt res publicæ, a *præterquam mobiles: & ex privatis quoq; res furtivæ,* b *vi poſſeſſæ* c *contra Juliam repetundarum leg. acceptæ* d *niſi in domini poteſtatem redierint,* e *dotales,* f *teſtamento alienari prohibitæ,* g *impuberum,* h *minorum,* i *eorumq; qui in ſacris parentum adhuc conſtituti.* k

(a) ſeu Eccleſiaſtici juris ſint, ſeu politici. Et cum utræqve rurſum vel in uſu publico ſint (ex illis, puta, res ſacræ & religioſæ: Ex his, muri, portæ, porticus, ſtadia, theatra, forum, viæ, &c.) Vel in patrimonio publico (velut prædia, paſcua, ſaltus, flumina publica, l. ſed Celſus 6. in pr. ff. de contrah. empt. Weſenbec. ad §. universitatis n.

tis n. 4. Inſt. h. t. l. inter 17. ubi Gœdd. de V. ſign. Ciſner. ad l. 9. n. 5. hic) Illius qvidem generis res omnem uſucapionem omnino reſpuunt, ut jam ante dictum, & idem pulchre explicat Azo in ſumm. C. pro emptore n. 16. Alterum vero genus, eorum nempe, qvæ in patrimonio publico ſunt, non niſi uſucapionem antiqvam, dict. l. 9. & l. 45. ff. h. t. qvod ſeqventia lucidius declarabunt. (b) §. furtivæ Inſtit. l. 4. §. heres 15. cum mult. ſeqq. l. ſi alena 10. §. Scævola, l. non ſolum 33. & ibi Cujac. atqve Ciſner. ff. h. t. l. ſi ego 11. de publ. l. ſi matrem 3. C. pro emptore, l. qvi vas 43. ff. de furtis (c) d. §. furtivæ & ibi interpp. d. l. 4. §. 22. l. no ſolum 33. §. ſi dominus 2. ff. h. t. l. 86. ff. de furt. l. fin. vi bonor. rapt. l. 48. ff. de adqvir. rer. dominio. (d) dict. l. bonæ fidei 48. ff. de adqvir. rer. dom. l. qvod contra. 8. ff. ad l. Jul. repetundar. (e) §. aliqvando 3. Inſt. de uſucap. l. 4. §. qvod autem cum ſeqq. ubi Cujac. & Ciſner. l. 24. ff. h. t. d. l. qvi vas, de furtis. Idem eſt, ſi venditor poſtea rei dominus fiat, l. cum vir 42. in fin. l. ſi fur. 32. ff. eod. (f) d. l. cum vir. h. t. l. ſi fundum 16. l. 4. & 13. ff. de fundo dotali, l. 30. C. de jure dotium: niſi forte, anteqvam res dotales factæ, ipſarum uſucapio cœpta, d. l. 16. de fundo dotali. (g) l. 2. & l. final. C. de reb. alien. non alien. l. final. §. ſin autem C. commun. de legat. l. ſi contra C. de uſucap. pro emptore Balb. part. 5. pr. 5. qvæſt. 4. (h) qvæ ſcil. ſervando ſervari poſſunt, qvorumq; prohibita alienatio, l. 3. C. qvib. non objic. long. temp. præſcript. l. 10. ubi Gothofr. qvem ad ſervit. amittant. l. 3. in verb. ſed pupillari C. de præſcript. 30. annor. l. ult. C. de uſucap. pro emptor. d. l. bonæ fidei, de adqvi. dom. Immo contra pupillos ne qvidem 30. annor. currit præſcripti, d. l. 3. Et rurſum, nec incipit contra eos præſcriptio, nec cœpta continuatur, text. clarus in l. final. C. in qvib. cauſ. in integ. reſtit. Weſ. in par. d. ff. hic n. 14. verſ. ſed durante, copioſe Gilkenius part. 3. c. 1. n. 63. cum multis ſeqq. ubi ſimul declarationes hujus pronunciati ſubnectit: (i) d. l. 3. C. qvib. non objicitur long. temp. præſcript. d. l. 3. C. de præſcript. 30. ann. Inchoata tamen cum defuncto contra minorem currere vulgo creditur, Dd. in d. l. fin. in qvib. cauſ. in integ. reſtit. Balb. part. 1. p. pr. 6. n. 33. Weſ. d. loco, Vultej. d. c. 71. & alii qvamplurimi relati à Gilkenio d. n. 63. ſed hoc minus verum videtur, per d. l. final. verſ. eas ipſo jure currere. Simile

obti-

obtinet in reb. furioſorum; prodigorum & aliorum, qvi ſub curatoribus ſunt, Balb. part.1. p.pr.6. n.46. & ſeq. Gilken. part.2. c.2. (k) l. 2. de bonis matern. cum authent. ſeq. ubi Arius Pinell. l.4. C. de bonis qvæ liberis, novel. 22.c.23.

VII. Uſucapio vetus rurſum vel triennalis eſt, vel temporis longi. a *Triennalis, qua decurſu annorum trium res adquiruntur mobiles.* b *Eaque non niſi per ſententiam interpellatur.* c

(a) Olim anni erat vel biennii: verum Juſtinianus Imperator, ne domini maturius reb. ſuis defraudentur. ex anno triennium, ex biennio tempus longum fecit, in pr. Inſt. h. t. l. unic. C. de uſuc. transform. Utrobiqve temporis ratio ſic ineunda, ut non à momento ad momentum, ſed totus poſtremus dies computetur, l. in uſucapionib. 6. ff. h. t. ubi Cujac. & tract. de diverſ. ac tempor. c.1. Obrecht. th.275. (b) d. l. unic. C. de uſucap. transfor. in pr. Inſt. h. t. Nec refert, publici, an privati juris ſint, ut monui ſub axiomate 5. Qvo loco illud dubitatum: An hereditas ex ſolis conſtans mobilibus, qvo ad uſucapionis effectum, mobilium jure cenſenda? Ait additionator ad Fach. d. ff.11. Colerus ad d.c. de qvarta n.80. Nos negamus cum Dn. Weſenb. ad Schneid. de ſpecieb. uſucap. n.53. Zanger. d. c. 8. n.71. Qvod hereditas, licet ex ſolis conſtet mobilibus: tamen in juris intellectu conſiſtat ac immobilium jure cenſeatur, in pr. Inſt. de reb. corpor. & incorp. l. hereditatem 4. C. in qvib. cauſis long. temp. præſcriptio. Utenſilia planè, res expeditorias, largitatem ſponſalitiam, ſeu **Morgengabe** & cibaria mobilib. connumerari, dubio caret Rotſchütz in tract. **vom Leibgeding** &c. art.15. n.3. Weſ. d. loco. Coler. ad d. c. de qvarta n.77. Moller. 2. Semeſtr. (c) l. Julianus 17. in fin. cum l. ſeq. 21. de R.V. l. Julianus 9. §. proinde 6. ff. ad exhib. l.2. §. fin. ff. pro emptore, l.2. ff. pro donato,

VIII. Uſucapio temporis longi eſt uſucapio vetus, a *qvæ ſpatio annorum decem inter præſentes,*

ſentes, interque abſentes viginti contingit. b *Ad cujus interpellationem litis conteſtatio ſufficit.* c

(a) Ergo, qvæ de uſucapione, in genere hactenus diſſeruimus, ea omnia hîc, uti & in præcedenti axiomate, ſub voce, vetus, ruminanda ac recolligenda, nempe: bona fides, juſtus titulus, res non vitioſa & c. l. longi 2. l. diutina 4. l. 6. 9. 11. C. de præſc. long. temp. (b) l. pen. & ult. C. de long. temp. præſcript. l. unic. C. de uſucap. transform. in pr. Inſt. h. t. ubi comm. Dd. Præſentes hîc dicuntur, qvi in eadem provincia domicilium habent: Abſentes, qvi in diverſis, d. l. final. C. de long. præſcript. Nec refert ubicunqve locorum res ipſamet ſita, d. l. fin. Balbus part. pr. 4. qvæſt. 2. Aſt qvid hodie mutatis provinciarum limitibus? Placet præſentes eos dici, qvi ſub eodem præfecto domicilium, vel eundem judicem habent: Abſentes, qvi domicilia habent remotiora, Speculator in rubr. de præſc. §. ſic libellum n. 3. Balb. part. 1. part. pr. 4. q. 4. n. 5. Budæus in l. ſi aliam ff. de officio procon. Obrecht. th. 270. cum ſeq. Qvid ſi aliqvot annis præſens, aliqvot abſens fuerit? Duplicantur anni abſentiæ, authent. ſi qvis C. de long. temp. præſcript nov. 119. c. 7. Balb. part. 4. q. 5. (c) l. nemo ambigit 10. C. de adqvi. poſſ. l. 1. l. 2. l. 10. C. de præſcript. long. temp. l. moræ litis 24. C. de rei vendicat. l. 2. C. ubi in rem act. l. penult. C de recept. arbitris. Verum cum uſus teſtetur practicus, in judiciis raro intra triennium ad litis conteſtationem, rariſſime autem ad ſententiam perveniri; merito iniqvum qvis crediderit, moram litis actori detrimento eſſe. Sed nihil eſt: Nam qvod mobilium uſucapio etiam poſt acceptum judicium procedit, non eo pertinet, ut actio inſtituta inanis fiat (qvippe qvod, ea lite ad finem perducta, poſſeſſor ad reſtitutionem nihilominus compellitur, d. l. Julianus 17. §. final. l. ſi poſt 18. l. 21. ff. de rei vendicat. l. Julianus 9. §. qvantum 5. ff ad exhib. l. 2. in fin. pro emptore) ſed, ut lite forte deſerta vel reo abſoluto maneat penes eum rei uſucaptæ dominium; nulla amplius actione ipſi extorqvendum. Cæterum, ubi per litis conteſtationem ipſo jure rumpitur uſucapio, puta rerum immobilium, adeo tollitur ejus effectus, ut qvamvis litem actor poſtea deſerat: tamen rem eandem petere non prohibeatur.

Immo

Immo etſi reus de novo inchoare eandem uſucapionem velit, non poſſit, ſed qvadragenaria præſcriptione opus ſit, l. moræ litium 26. C. de rei vendicat. d. l. nemo 10. de adqvir. poſſeſſ. l. 2. l. 10. C. præſc. long. temp. l. ult. C. de præſc. 30. an. Nec refert qvoqve qvod vel ipſa litis conteſtatio contra triennium vel decennium procraſtinari interdum qveat. Nam qvoties per reum ſtat, qvo minus litem conteſtetur, ea pro conteſtata habetur, textus ſatis elegans in l. 2. in verbis, tanqvam lite ex eo die conteſtata, C. ubi in rem act. l. ſi eum 10. in fin. ff. ſi qvis caut. jud. ſiſti & c. Bart. in l. 1. pr. n. 9. de privat. delict. Balb. part. 3. p. pr. 6. q. 4. n. 32. & part. 4. ejusdem n. 2. circ. fi. Hart. Piſtor. li. 1. q. 27. n. 7. Sufficit igitur actori, ſi libellum reo citato in judicio proponat & reſponſionem ſeu litis conteſtationem ſedulo urgeat, accuratè Rauchb. d. q. 24. n. 39. 40. & 43.

IX. Quomodo capiuntur res immobiles, a modo non à malæ fidei poſſeſſore ignorante domino nobis venditæ, b *ſicut & incorporales:* c *velut ſervitutes* d *& has contra libertas,* e *reditus annui,* f *operæ hominum* g *emphyteuſis,* h *jurisdictio,* i *veſtigalia & regalia quævis adverſus parem vel inferiorem.* k

(a) l. 1. l. penult. & ult. C. de præſcript. long. tem. ubi Azo in ſumm. & Dd. commun. d. l. unic. C. de uſucap. transform. & in pr. Inſtit. h. t. ubi interpp. Rogerius de præſcript. c. 2. Hoſtienſ. in ſumm. de præſcript. rer. immob. n. 25. & ſeqq. Oldendorp. eod. tract. tit. de decem & viginti annis. (b) Nam tum non niſi tricennalis præſcriptio ſufficit: ſin autem dominus rem ſuam alienari ſciat nec contradicat, vicennalis, authent. malæ fidei C. de præſc. long. temp. qvam ſtrictè accipiendam notant Bartol. in l. Pomponius 13. §. cum qvis Bald. Aug. Caſtrenſ. ad d. authent. nempe, ut non pertineat, niſi ad res corporales easqve ſaltem immobiles: & rurſum non niſi ad eum, qvi imediatè à malæ fidei poſſeſſore cauſam habet, Eman. Soarez

Digitized by Google

in theſaur.recept.ſent.n.206.& malæ fidei duntaxat veræ ac ab initio ſtatim intervenientis, ita, ut auctoris mala fides vel præſumpta, vel poſt traditam poſſeſſionem eidem superveniens minimè ſucceſſori obſtet, Bart. d.lo.Balb.2.part. p. pr.3. q.12. Vaſq. 2. controv.73. n.18. Gilk.part.2.m.2 .c.7. Fach.8.controv. 27.in fi. Eſt tn. caſus,ubi per biennių ſoli perditur dominių, l. qvi agros 8. C. de omni agro deſerto. Bart.in l.rem qvæ nobis 15.circ.fi.& in l.ſi de eo 40.§.ſi forte n.4.ff.de adqvir.poſſ. Eſt etiā, ubi per trienniū, c.1.ubi Canon.& nuper Coler. extr.de præſc. Balb.2. part.p.pr.1.q.1. in fi. (c) Res incorporales,uti poſſideri l.3.in pr.de adq.poſſ.l.4.§.ſi viam ff. h.t.ita uſucapi propriè neqveunt,l.43.ſ.1.ff.de adq dom.l.14. ff.de ſerv. cum ipſis tamen corporib.q.poſſidentur l.32. d. ſer.urb. l.32.ex qvib. cauſ.m aj.&olim ex interpretatione prudentum q: uſucapiebantur. Ræv.ad L. ſcrib.n.34. Dein ſublata per Scriboniā legē harum uſucapio & ejus loco longæ poſſ. capio à prætore invecta,l.10.ſ.1.h.t.l.1.in fin. de ſuperfic. l.10.ſi ſer.vin.l.fi.de aq.pl.l.1.& 2.C.de ſerv.Jac.Rævard.in Tribonian.n.8.& ad l.ſcribon.n.5.& 6. Sed hodie ex transformatione juſtinianea uſucapi nō male perhibentur, Azo in ſūma C.de præſc.long. temp.6.ibi, licet non uſucapiantur per ſe: tamē uſucapiuntur cum re, Zang. p.3.de except.c.8.n.31.Cuj.in d.l.4.ſ.fin.& in l.10.ſ.1.h.t. Ciſner. ad l.4.ſ. fin. h.t. Sed anne inter jura continua & diſcontinua intereſt? Etſi tale aliqvod juriū diſcrimen agnoſcimus cum Ciſnero d. ſ. fin. n.11. per d.l. ſervitutes 14. Tamen qvoad uſucupionem nihil intereſt,d. l.5.§.final. de it.& act.privat.d.l.1.§.fin.ff.de aqva pluvia arcend. d.l.10. ſi ſervit. vendicet. l.1. & 2.C.de ſervit. & aqva. Id, qvod cum recentiorib. Ciſner. d.loc. Bronchorſt. cent 1. aſſert. 67. Fach. 8. controv. c. 22. Gilk. part.2.memb.1.c.10.n.3.& in d.ſ. feræ n.79. Inſt.de rer.diviſ. defendemus contra communem. Bart. in d.l.14. Azon. in ſumm. d.t.n.3. Rogerium c.3. n.7. Hoſtienſ. in ſum. de uſucap. n. 2. & alios immuneros, qvos referunt & ſeqvuntur Mynſ. 4. obſerv. 53. Balb. 2. p. part. pr.4. qvæſt.1.in pr. Cœpoll. de ſervit. c. 19. Schneidvv. in §. fin. inſtit. de ſervit. Coler. ad d.c. de qvarta n.33. Sed qvali hîc titulo opus? Id vero qvæſtionis eſt difficillimæ. Ego ſic ſtatuo. Si alius deſit titulus, ſufficere ſcientiam & patientiam domini prædii illius, in qvo jus tale freqventius uſurpavi, d.l.ſi qvis 10. ſi ſerv. vind. l.1. ſ.fin. & l. ult.

Digitized by Google

ult. de aq. pluv. d. l. 5. §. 3. de itin. l. 2. C. de ſervit. tanqvam pactum & conceſſionem tacitam, l. fin. de ſervit. l. 11. §. 1. de public. l. 2. de pact. l. 3. de uſufr. ſeu titulum præſumptum, Balb. part. 1. p. pr. 3. qvæſt. 10. n. 7. Bronchorſt. cent. 1. aſſert. 58. Coler. ad d. c. de qvarta n. 29. & 35. Zanger. part. 3. de except. c. 8. n. 13. & n 4. Robert. 4. ſent. 8. Rævardus ad l. ſcriboniam c. 7. Idq; etiã in ſervitutib. perſonalibus obtinere puto cum Vaſqvi. 2. controv. 65. n. 8. & ſeqq. argumento l. filius C. de petit. heredit. l. qvi aliena §. 3. junct. l. qvam Tuberonis 7. §. 1. in fin. de peculio l. penult. de uſufr. contra Cœpollam d. c. 20. n. 6. Balb. p. 2. p. pr. 4. qvæſt. 2. n. 4. & ſeq. Gilken. p. 2. m. 1. c. 11. circ. fin. Et rurſum, ſi verus adſit titulus atqve traditio à non domino forte facta, non opus eſſe, ut probetur ſcientia & patientia domini prædii ſervientis. Cum alterutrum horum ſufficiat, d. l. ſi ego 11. §. 1. de publ. l. 2. verb. exo immobilium C. de ſervit. & aqva, Cœpolla d. c. 20. n. 5. Balb. part. 2. part. pr. 4. qvæſt. 1. n. 15. Fichard. ad Baptiſtam à Villalobos. lit. P. n. 246. Gilken. part. 2. m. 3. c. 12. n. 8. etſi aliud videatur Coler. ad d. c. de qvarta n. 37. Rævard. ad l. ſcribon. n. 7. Plane in jurib. negativis ſeu prohibitoriis, velut altius non tollendi, non molendi, non coqvendi panes, non ædificandi qvando & ubi voles, tituli loco eſt prohibitio bona fide (ea ſcil. opinione, qvod jure meo utar, l. fin. ff. qvemad. ſervit. amitt. l. ſi opus 21. §. ſi juſſero, qvod vi aut clam, l. 1. §. Ariſto 19. de aqva cot. Coler. d. l. n. 28. Rævard. ad l. ſcriboniam. n. 8.) facta, cum obſeqvio & paritione prohibiti, gloſſ. atqve Dd. in l. qvi luminib. ubi Bart. ff. de ſervit. prædior. urbanor. & l. 1. C. de ſervit. Cœpolla d. c. 20. n. 7. Balb. part. 2. part. pr. 4. qvæſt. 1. in fin. & part. 4. p. pr. 5. qvæſt. 5. n. 3. Schneidvv. d. §. final. n. 7. Atq; hoc adeò pacto etiã actibus meræ facultatis præſcribitur: qvamvis alias, ſi nulla prohibitio interveniat, nulla qvoq; contra eoſdẽ currat præſcriptio: Balbus d. part. 4 p. pr. 5. q. 1. Treutl. hîc. th 3. lit. i. Ant. Gabriel. lib. 5. com. tit. de præſcript. concluſ. 10. Fichard. d. lit. g. n. 254 cum ſeq. (d) Servitutum uſucapionem Scribonia lege ſublatam eſſe teſtatur d. l. 4. §. fin. h. t. Qvo loco inter Cujac. ibi & Rævard. ad l. Scriboniam num. 3. & ſeqq. illud controvertitur: An Scribonia lex etiam ad ruſticorum, prædiorum ſervitutes pertineat? Numqve ante latam legem hanc, etiam ruſticorum prædiorum ſervitutes uſucapi potuerint?

 erint?

Digitized by Google

erint? Negat Cujac. ait Rev. Nos cum Rævardo faciemus per d. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. l. 10. §. 1. ff. h. t. Paul. 1. ſent. Cic. pro Cæcinna Aggen. Urbicum, in lib. de limit. agror. facit l. 23. §. 2. ff. ex qvib. cauſ. majores. (e) l. 4. §. final. ubi Cujac. & Ciſner. ff. h. t. Atqve huc præcipuè pertinet ſupra memorata juriũ in continua & diſcontinua diſtinctio. Illa in continuo habendi actu ſeu facultate conſiſtunt, l. 20. de ſerv. præd. urb. & tales ſunt omnes ſervitutes urbanorum prædiorum; velut tigni imittendi, luminis, ſtillicidii habendi, d. l. 20. Roger. d. c. 3. n. 3. Ciſner. d. §. final. n. 11. tale etiam habitationis jus, l. ſi habitatio 10. ff. de uſu & habitat. Eodem refert Bartolus in l. juſto 44. §. non mutat n. 4. ff. h. t. & eundem ſecutus Coler. in d. c. de qvarta n. 21. Jurisdictionem & jus exigendi vectigal. Qvod hujusmodi jura per tribunalia & alia loca jurisdictioni dicata ac domus paſſagii nec non miniſtros ad eundem deſtinatos in perpetuo velut actu habeantur: qvod probo. Hujusmodi ergò jura ſolo non uſu amittuntur, niſi per interpellationem adverſarii & patientiam noſtram libertas adverſum eadem uſucapiatur: text. in d. l. 4. §. final. ubi Cuj. & Ciſn. de uſucap. l. ſi qvis 18. §. 2. ff. qvemad. ſervit. amitt. d. l. ſi habitatio 10. ff. de uſu & habitat. l. 6. ubi Coſtal. ff. de ſervit. præd. urb. Jura diſcontinua ſunt, qvæ conſiſtunt in diſcontinua & interciſa temporum intervallis utendi faciendive conſuetudine, verbi gratia iter, actus, via, pecoris ad aqvam appulſus, jus arenæ fodiendæ & calcis coqvendæ, & omnes omnino ſervitutes prædiorum ruſticorum: d. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. Eodemqve pertinet etiam aqvæductus, etſi Rog. Coler. dict. loc. & Dd. paſſim hanc continuis jurib connumerent: ſed malè. Non enim fluxus aqvæ, ſed aqvæ ducendæ factum hic conſiderandum, qvod diſcontinuum eſt, l. 7. §. 16. ff. qvemad. ſerv. amitt. l. 2. 3. 4. 5. 10. C. de ſerv. Item uſusfructus, uſus & jura conſimilia. Qvæ ideò omnia ſolo non uſu amittuntur, §. finitur Inſt. de uſufr. junct. pr. Inſt. de uſu & habit. l. 6. 7 8. cum omnib. ſeqq. ff. qvemad. ſerv. amitt. Ita, ut nihil opus ſit uſucapione libertatis l. pen. & ult. C. de ſerv. & aqva. Pet. Coſtal. ad l. 6. ff. de ſervit. præd. urb. (f) Nam ſi qvis per decem annos in continua perceptione ac velut poſſeſſione añuorum redituum ex certa cauſa fuerit: non ſolum præſumitur jure hactenus eos percepiſſe, ſed etiam

hoc

hoc ipſo eosdem deinceps qvoqve exigendi facultate potitur, l. cum de in rem verſo 6. ubi gl. Bart. & reliqvi Dd. ff. de uſuris l. litib. 20. C. de agric. & cenſitis. Speculator. in tit. de Emphyteuſi n. 80. Balb. part.2.part.pr.3.q.10. Gilk. part.2. m.1. c.4.5.6.7.8.9. Gail. 2. obſerv. 75. n.1. Fernand. Vaſq. illuſtr. c.93. n.29. & ſeqq. Bronchor. centur. 1. aſſert. 5. Aſt, qvid ſi illator penſionum probare velit, ſe hactenus ex errore, metu vel liberalitate mera indebitè eas perſolviſſe, audiendusne? Opinor cum Cyno in l. certis annis C. de pactis q. 10. Bald. Caſtrenſ. & aliis relatis à Cœpolla c.20.n.8. Balb. d. q. 10. n. 24. & 25. Vaſq. d.c.93.n.10 & n.32. Bronch. loco dict. Expeditior videtur uſucapio redituum, cenſuum, vel præſtationum in certo fundo jam ante jure conſtitutorum & nunc à non domino, qvem dominum eſſe putabas emptorum, argumento l. 2. C. de ſerv. l. fin. C. de præſc. long. temp. ac per ea, qvæ notavi paulo ante ſub lit. a. (g) Idem, qvod de reditib. diximus ſtatuendum qvoqve de operibus hominum, ruſticorum puta & ſimilium per nobiles hactenus uſurpatis, d. l. litib. 20. C. de agricolis. Balbus d. q.10.n.6. (h) Qvod variè procedit. Primo poſſeſſor, qvi rem diu ut emphyteuticam poſſedit & canonem perſolvit ſciente & recipiente domino, hoc pacto adqvirit in ea re uſumfructum emphyteuticum d. l. fi. in fi. C. de præſcriptio. long. temp. Balb. d. q. 10. n. 35. cum ſeqq. poſt. Ant. de Butrio in c. pervenit extr. de cenſib. & Felin. in c. cum Bertholdus de re judicata; Sin ignorante domino rem ſuam eſſe & per errorem canonem recipiente, non item, niſi 30. annis. & in his terminis procedit ſententia Bart. in l. competit C. de præſcript. 30. an. & Jaſonis loco à Balbo relato, idem Balb. part. 4. q 9. præſumitur tamen & hîc ex decem annorum continua receptione canonis contractus interveniſſe emphyteuticus, donec contrarium probetur; Et hactenus locum inveniunt tradita Tiraq. §.1. de præſcript. gl. 4. Vaſq. lib.1. controv. 62. in pr. & 64. n. 8. Gilk. d. m.1. c.6.n.4. Similiter (2) ſi alienus fundus à non domino in emphyteuſin detur, vel domino conſentiente ab eo, qvi pro emphyteuta habetur, ſed falsò, emphyteuſis in me alienetur: non dubitandum, qvin his caſibus dominium utilitatis emphyteuticæ uſucapiatur adverſus dominum vel emphyteutam verum, tempore ſcil. longo, l.15.§.26. ff. de dam. infecto, addit. ad Balb. d.q.9. Rand. d.c.

8. n. 30. Pari ratione (ſ) immunitatem ab onere emphyteutico dominus longo tempore uſucapiet, modo bona fide & probabili ex cauſa rei poſſeſſionem nactus fuerit, argumento d.l. 4. §. fi.ff.h.t. pulchre Vaſq. q.68 in pr. Sed an etiam emphyteuta proprietatis dominium uſucapiet? Nego, l.12.§.1.ff.de public. l.2.ff. pro her. l.5. C. de A. P. Balb. part.4. p. pr. 4. q. 8. & q. 11. n. 4. & ſeqq. Jul. Clar. §. Emphyteuſis q.25. Exceptio eſt in l. non ſolum 33. §. 1. h.t. Plane tertius nullo negotio uſucapiet. Balb. d.q.8. n.fi. (i) L.viros C.de div. offic. l.2. C. de fund. limitroph. c. cum contingat 13. de foro compet. c. irrefragabili, §. de offic. ordinar. Jaſ. in l. imperium n.20. & n. 22. in fi. de jurisd. Cœpolla d.c.19. n.9. verſ. qvartus caſus Balbus part.2. p. pr.5.q.3.n.5. Fichard. ad Baptiſt. à Villa lobos. d. lit.P.n.218. Coler. d. c. qvarta n.21.& in c. auditis n.9. faciunt not. Bart. in d.l. juſto §.non mutat.n.4. ff. h.t. maximè cum territorio vel caſtro, Boërius deciſ. 227. n.9. Obrecht. de jurisd. c.10. n.15. (k) Ita tradit Bart. in l. ſi publicanus §.1. n.1. de publican. Balb. part.2.part.pr.5.q.4. n. 2. & in q. 5.n.1. ubi citat Baldum in l. licitatio §. earum ff. de publicanis. Si tamen ad feudum hujusmodi regalia pertineant, etiam adverſus privatum non niſi triginta annis uſucapiuntur, Vult. 1. de feud. 9. qva de re mox plura. Sed anne abſqve titulo, vel ex ſola patientia horum uſucapio Procedit? Ait Vaſq. c.65. n.8.

X. Uſucapio nova eſt uſucapio a rerum, quarum commercium, omnino omnium, vel abſque titulo, b *longiori temporis tractu tamen, procedens. Eaq; ſola quoque citatione interrumpitur.* c *Et rurſum temporis eſt vel longiſſimi, vel immemorialis.*

(a) Nova eſt, arg. d.l.1. ff. de pet. her. l.1.§. 8. ad SCtum Tertyl. Rævard. in Trib. n.2. qvia antiqvæ æqvè ac mediæ Jurisprudentiæ planè fuit incognita, Balb. 2. part. p. pr.3.q.12. n. 12. Pinell. in auth. Niſi triennale C de bonis matern. Fernand. Vasq. lib. 2. contr. c. 50. n.27. Bronch. cent.1. aſſert.52. Gilk. part.2. m.1. c. 21. in pr. Uſucapio tamen

tamen eſt, qvod & notario & definitio uſucapionis eidem belliſſime convenit. Olim qvidem 30. vel 40. annorum poſſeſſio exceptionem tantum pariebat, non actionem: ſed Juſtiniani lege tandem præſcriptio in uſucapionem transfuſa, d.l. 8. C. de præſcript. 30. ann. An igitur dominium jam confert poſſeſſio temporis longiſſimi? Ajo cum Ario Pinello in d. au. niſi tricennale 36. & ſeqq. Coraſ. 6. miſcell. c. 20. n. 6. contra communem Dd. ſententiam, qvam refert & tuetur Gilken. d. part. 1. c. 4. n. 42. Rationes noſtræ aſſertionis has profero. (1) Qvia priſtino domino jus ſuum tanti lapſu temporis plane perit, l. 4. in verſ. jugi ſilentio extinctum, C. de præſcript. 30. annor. Vaſq. 2. controv. 54. n. 10. & ideo qvod nullius jam eſt, merito cedit tenenti, l. 1. ff. adqvir. poſſ. l. 2. pro derelict. (2) Qvia eadem uſucapionis novæ, qvæ antiqvæ videtur ratio, argumento l. fin. ff. pro ſuo l. 2. ff. aq. plu. l. 1. de uſurpat. Pin. n. 38. Vaſq. n. 7. Coraſ. n. 6. (3) Qvia d. l. 8. C. d. t. poſſeſſioni aliud qvid poſſeſſione pinguius adjicit. Qvod, qvid aliud? qvam ipſum rei dominium? Inter poſſeſſionem enim & dominium nullum datur tertium, l. 38. §. 7. de V. O. l. 188. ubi Goedd. de V. S. (4) Textus extant ſatis clari in d. auth. niſi tricennale C. de bon. mater. juncta auth. malæ fidei C. de præſcript. long. temp. c. inter memoratos, c. jubemus, c. præſulum 16. q. 3. & c. volumus q. 4. Nec adverſatur d. l. ſi qvis verſ. ita tamen. Qvoniam is verſiculus cum ſeqq. ad ſolum malæ fidei poſſeſſorem referendus, uti contextus ſatis coarguit, Pin. d. n. 38. (b) Tituli qvippe vicem ſuſtinet, imo defectum ejusdem notorium ſupplet nimia temporis diuturnitas, adeò, ut non audiatur, qvi tituli defectum probare velit, d. l. 8. C. de præſc. Cœpoll. d. c. 20. n. 5. Balb. part. 2. p. pr. 4. q. 1. n. 13. & part. 1. ejusd. q. 1 n. 2. Vaſq. 2. controv. 83. n. 54. & c. 87. n. 1. cum ſeqq. Gilk. part. 2. memb. 1. c. 11. Ideo ne qvidem ad uſucapionem adverſum Eccleſiam vel Rempub. titulo opus, c. de qvarta, c. ad aures de præſcript. c. cum Eccleſia Sutrina de cauſ. poſſeſſ. & propr. Balb. ad l. Celſus n. 4. h. t. Covaruv. variar. reſolut. 1. c. 17. n. 7. Zang. part. 3. de except. c. 8 n. 39. Gilk. d. c. 11. n. 3. Si tamen res prægrandis ſit momenti, & ſimul juris aliqva præſumptio vehemens uſucapere volenti reſiſtat: vel titulo opus, vel tempore tanto cujus initii memoria non extat, Trentl. diſp. hic th. 5. in fi. Gilk. d. c. 11. per c. 1. de præſcript.

præſcript. in 6. & ibi Can. (d) l. 3. verſ. non motæ l. 7. verſ. interruptum erit ſilentium C. de præſcript. 30. ann. l. ult. circ. fin. C. de annal. except. Gail. 1. obſ. 74. n. 40. Col. de proceſſ. exec. p. 1. c. 3. n. 98. Vult. d. c. 71. n. 69.

XI. Uſucapio temporis longiſſimi eſt uſucapio nova annorum regulariter 30. nonnunquam 40. a *Annis 30. capiuntur res privatæ, tam corporales,* b *quam incorporales, deficiente ſc. titulo vel quaſi,* c *res minorum,* d *liberorum in poteſtate conſtitutorum à parente alienatæ,* e *prædia à malæ fidei poſſeſſore neſcio domino in me alienata,* f *Res item vitioſæ,* g *& feudales.* h

(a) Namqve longiſſimi appellatione temporis etiam 40. anni veniunt, l. 4. l. fin. C. de praſc. 30. ann. Vult. d. c. 71. n. 25. (b) d. l. 8. C. d. t. Zang. d. c. 8. n. 7. Balb. Cœpoll. Vaſq. locis ante citatis. (c) Si nec titulus nec ſcientia & patientia doceatur; ad jurium uſucapionem tempore opus eſt longiſſimo, argumento d. l. 3. ℣. 4. C. d. t. ita per doctrinam Pauli de Caſtro in l. 2. C. de ſerv. tradit Cœpolla d. c. 10. n. 5. Balb. part. 2. part. pr. 4. q. 1. n. 13. (d) d. l. 3. C. de præſ. 30. annor. & ibi Dd. copioſè in utramqve partem Gilk. part. 3. c. 1. n. 96. cum ſeqq. (e) d. authent. niſi tricennale, ubi Pinell. l. 4. C. de bonis qvæ liberis, nov. 22. c. 23. tempore ſc. incipiente currere, ex qvo ſuæ poteſtatis eſſe apparent, l. 1. fin. C. de an. exc. (f) authent. malæ fidei, ubi Bald. Ang. Caſtrenſ. Gilk. p. 2. m. 2. c. 7. (g) nimirum furtivæ, vi. aut contra l. Juliam repetundarum poſſeſſæ, per l. 1. §. 1. C. de annal. except. gl. in §. furtivæ Inſtit. h. t. Balbus p. 1. part. pr. 6. n. 12. Qvamvis 40. annos exigat Schneidvv. de præſc. ſpec. n. 61. & n. 65. per l. 4. C. h. t. (h) ſi qvis igitur, ſi de feudo defunct. ubi Frider. Schenck. Franciſc. Sonſbec. tract. feud. part. 12. n. 150. & ſeq. Zaſ. 6. de feudis n. 30. Piſtor. 2. q. 46. Borch. de feud. c. 7. Duaren. c. 8. Mynſing. 4. obſerv. 28. & 29. Giph. de feudis diſp. 6. th. 2. & ſeqq. Vult.

Digitized by Google

Vult. 1. de feud. 9. n. 4. cum ſeqq. Qvo loco acriter diſceptatur: An feudum absqve domini conſenſu alienatum à tertio bonæ fidei emptore uſucapi poſſit. Nego cum Vult. Sonsb. Giph. loc. dict. per text. in c. præterea de capit. Corradi c. 1. §. nos autem de prohib. feud. alienat. per Frider. Clar. in §. feudum, q. 45.

XII. Quadraginta anni neceſſarii ſunt ad uſucapiendas res fiſcales, a *& dominicas,* b *prædia piorum* c *locorum, civitatum,* d *& (Romana excepta) eccleſiarum.*

(a) Qvæ ſc. fiſco jam qvæſitæ ſeu, ut vulgo loqvuntur, incorporatæ ſunt, §. res fiſci, ubi Dd. Inſt. uſucap. l. qvamvis 18. l. 24. in fin. ff. eod. l. final. C. de fund. patrim. juncta l. 3. 4. C. de bon. vacant. Idem obtinere puto in bonis vacantib. fiſco jam nunciatis & ab eodem agnitis, etſi nondum ſolenniter incorporatis, d. §. res fiſci in verb. nondum nunciatis & ibi Weſ. l. qvamvis 18. ff. h. t. junct. l. fi. C. de bon. vacant. Si tamen deſtiterit delator: perinde eſt, ac ſi bona nunqvam nunciata eſſent, textus in l. 10. ff. de div. & temporalib. Rurſum ſi ex bonis vacantib. in fiſcum redigendis, qvis anteqvam nunciata fuerunt, à poſſeſſore eorundem rem bona fide traditam acceperit; uſucapiet, annis ſc. 10. Qvoniam cœpit uſucapio, anteqvam res fiſcales factæ, arg. l. ubi lex 24. in fin. ff. de uſucap. Qvi verus eſt intellectus d. l. 18. ff. & §. res fiſci inſt. h. t. in qvorum explicatione mirè ſe torqvent ac hallucinantur interpp. penè omnes, uti videre eſt apud Azonem in ſum. C. de qvadrien. præſc. Balb. 2. part. p. pr. 5. q. 1. Fichhardum in d. lit. P. n. 124. Schneid. de ſpeciebus præſ. n. 59. Zanger. d. c. 8. n. 61. Heig. Ant. Matth. & alios in d. §. res fiſci, Cuj. in d. l. qvamvis 18. ff. h. t. Ciſn. ad l. 9. ff. h. t. Qvid ergo de bonis vacantib. fiſco nondum nunciatis ſtatuendum? Ea, niſi nuncientur intra qvadriennium, cedunt poſſidenti d. l. 1. §. Divus 2. ff. de jure fiſci; d. l 10. ff de div. & tempor. l. 1. C. de qvadrien. præſ. Neq; tum ulla uſucapione opus eſſe puto contra Cuj. in d. l. qvamvis; per §. feræ Inſt. de rerum diviſ. textus perſpicuus in l. qvia autem 6. §. certe 7. ff. ſi qvis omiſſ. cauſa. Idem eſt ſi fiſco nunciata qvidem fuerint,

ſed ab eodem ſpreta, l. 4. §. eadem 17. ff. de fideicomm. libert. Saxonum morib. bona vacantia adverſus fiſcum ſunt inpræſcriptibilia, Landrecht art. 29. lib. 1. addit Fach. diff. 11. Coler. ad d. c. de qvarta, n. 90. & 91. (b) qvæ ſunt res ad privatum principis patrimonium ſpectantes, l. 39. §. ult. de Leg. 3. l. final. verſ. qvæ n. differentia C. de præſcr. junct. d. l. fin. C. de fund. patrim. Balb. part. 2. part. pr. 5. q. 1. Heig. ad d. §. res fiſci, Vult. d. c. 71. n. 57. Reuſn. th. 524. Idem ſtatuo de reb. aliorum, præter Imperatorem, principum: Qvod abſurdum ſit hos deterioris eſſe conditionis, qvam civitates, Azo in ſum. Ne rei Dom. Qvibus conſectaneum videtur, ut ſubditi inferiorum principum dignitatum capaces, velut comites, barones, nobiles, regalia adverſus dominos ſuos 40. annis uſucapiant. d. l. 4. C. de præſcr. 30. annor. d. l. fin. C. de fund. patr. faciunt notata Balbi part. 2. part. pr. 5. q. 1. n. 4. q. 2. n. 2. q. 3. n. 5. q. 5. n. 2. q. 7. n. 3. & part. 1. part. pr. 5. q. 11. n. 4. Coler. in c. cum vobis n. 44. & n. 18. (c) novel. 131. c. 6. c. 2. ubi Panor. Felin. & noviſſ. Coler. de præſc. Balb. part. 3. p. pr. 5. q. 1. n. 5. 6. 7. Scheid. d. l. n. 18. Locis piis connumerantur Academiæ, conſt. elect. 5. p. 2. (d) l. uſucapionem 9. ff. h. t. junct. auth. qvas actiones C. de SS. Eccl. Balb. part. 3. p. pr. 5. q. 1. 2. ſanè Elector S. l. civitates privatis hac in parte exæqvavit, part. 2. conſtit. 6. facit l. bona 15. cum ſeqq. ff. de V. S. (e) d. auth. qvas actiones c. de qvarta c. ad aures, c. illud, ubi Canoniſt. & Coler. extr. de præſcr. Idem temporis ſpatium tum qvoqve neceſſarium eſt qvando eccleſia adverſus eccleſiam uſucapere vult, d. c. illud & ibi Coler. Balb. d. part. 1. part. pr. 5. q. 1. cum ſeqq. Schneid. d. loc. n. 20. Zang. d. c. n. 63.

XIII. Uſucapio temporis immemorialis eſt uſucapio nova, a *quæ completur tanti decurſu temporis, cujus initii memoria non extat.* b *Neceſſaria toties, quoties nulli ſuperiorum locus,* c *velut ad capiendas res dotales,* d *teſtamento alienari prohibitas,* e *immunitatem à conditione curiali*

fert ab eo qvi Calendis dari ſtipulatur, *l. 13. l. 56. §. 5. ff. de verb. oblig.* Qvi intra Calendas dari ſtipulatur videtur ſpectaſſe omne tempus, qvod Calendarum die includitur. Vide de hac locutione elegantem diſſertationem apud *Gell. lib. 12. noct. Att. c. 13.*

33. Qvi ita ſtipulatur, *qvod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare ſpondes?* qvamvis expreſsè non adjiciat diem, videtur tamen non hodie, ſed ſua die, hoc eſt, Calendis ſtipulari, *l. 47. ff. de verb. oblig.* Qvod de Calendis diximus, idem in Idibus & nonis etiam probandum eſt, *d. l. 41. §. fin. ff. eod.*

34. Illud hîc qværitur, ſempérne per contractum diem obligationi adponi oporteat? Ego verò nihil intereſſe puto, pacto dies ſolutioni præfinita fuerit, an ſtipulatione: pacto tamen, ſi in continenti contractui fuerit adjectum, ſecus qvàm exiſtimant, *Bald. Alex. in l. ſi inſulam, 24. n. 22. Bolog. n. 122. ff. de verb. oblig.*

35. Qvotiescunq; certa dies hiſce modis obligationi inſeritur, longè jam diu non Interpp. modo ſed ipſi etiam prudentes non uno in loco notarunt, tanti rem debitam æſtimandam eſſe, qvanti ea die fuerit, indicio eſt *d. l. vinum, 22. ff. de reb. cred. d. l. ult. ff. de condict. trit. d. l. 37. ff. mand. l. 11. ff. de re iudic.*

36. Nihil hac ſententia verius, nihil æqvius dici aut fingi poteſt, non ideò tantùm, qvod dies ſolutionis obligationis pars eſt, ut ſcriptum reliqvit JCtus *in l. 1. §. 2. ff. de edend.* ſed qvia contrahentes illud rei pretium animi cogitatione præceperunt eo ipſo, qvod rem talem præſtari voluerunt, qvalis ea die futura eſſet.

37. Neq; in hac qvæſtione diſtingvendum duco, an merx, hoc eſt, tale qvid, qvod in genere conſiſtat, an certa ſpecies, veluti *homo, fundus* debeatur. Sive enim genus, *d. l. 22. d. l. ult. l. 59. ff. de verb. oblig.* Sive certa ſpecies ſit in obligatione, *d. l. ult. d. l. 3. 7. ff. mand.* ſemper regulæ noſtræ locus eſt.

38. Nec eò minus dies ſpectatur, qvod poſt ejus lapſum creditor debitorem ut ſolveret, interpellavit. Qvi enim eum hoc ipſo à conventionis lege receſſiſſe autumant, næ illi largiter errant. Ita omnes omniũ prope ætatum Interpp. ſine hæſitatione ſtatuerunt, uti haud immeritò hæc communis appelletur. *And. Kohl. exercit. 12. n. 31. ubi plures allegat.*

39. Si qvis ita ſtipulatur *decem hodie dare ſpondes?* Hanc obligationem in diem eſſe, & proinde in ineunda æſtimatione præſentis diei rationem

Digitized by Google

in theſaur.recept.ſent.n.206.& malæ fidei duntaxat veræ ac ab initio ſtatim intervenientis, ita, ut auctoris mala fides vel præſumpta, vel poſt traditam poſſeſſionem eidem ſuperveniens minimè ſucceſſori obſtet, Bart. d.lo.Balb.2.part. p. pr.3. q.12. Vaſq. 2. controv.73. n. 18. Gilk.part.2.m.2 .c.7. Fach.8.controv. 27.in fi. Eſt tn, caſus, ubi per bienniũ ſoli perditur dominiũ, l. qvi agros 8. C. de omni agro deſerto. Bart.in l.rem qvæ nobis 15.circ.fi.& in l.ſi de eo 40.§.ſi forte n.4.ff.de adqvir.poſſ. Eſt etiã, ubi per trienniũ, c.1.ubi Canon.& nuper Coler. extr.de præſc. Balb.2. part.p.pr.1.q.1. in fi. (c) Res incorporales, uti poſſideri l.3.in pr.de adq.poſſ.l.4.§.ſi viam ff. h.t.ita uſucapi propriè neqveunt, l.43.ſ.1.ff.de adq dom.l.14. ff.de ſerv. cum ipſis tamen corporib.q.poſſidentur l.12. d. ſer.urb. l.32.ex qvib. cauſ.maj.&olim ex interpretatione prudentum q: uſucapiebantur. Ræv.ad L. ſcrib.n.34. Dein ſublata per Scriboniã legẽ harum uſucapio & ejus loco longæ poſſ. capio à prætore invecta, l.10.ſ.1.h.t.l.1.in fin. de ſuperfic. l.10.ſi ſer.vin.l.fi.de aq.pl.l.1.& 2.C.de ſerv. Jac. Rævard.in Tribonian.n.8.& ad l.ſcribon.n.5.& 6. Sed hodie ex transformatione juſtinianea uſucapi nõ male perhibentur, Azo in ſuma C.de præſc.long. temp.6.ibi, licet non uſucapiantur per ſe: tamẽ uſucapiuntur cum re, Zang.p.3.de except.c.8.n.31.Cuj.in d.l.4.ſ.fin.& in l.10.ſ.1.h.t. Ciſner.ad l.4.ſ. fin. h.t. Sed anne inter jura continua & diſcontinua intereſt? Etſi tale aliqvod juriũ diſcrimen agnoſcimus cum Ciſnero d. ſ. fin. n.11. per d.l. ſervitutes 14. Tamen qvoad uſucupionem nihil intereſt, d. l.5.§.final. de it.& act.privat.d.l.1.§.fin.ff.de aqva pluvia arcend. d.l.10. ſi ſervit. vendicet. l.1. & 2.C.de ſervit. & aqva. Id, qvod cum recentiorib. Ciſner. d.loc. Bronchorſt. cent 1. aſſert. 67. Fach. 8. controv. c. 22. Gilk. part.2.memb.1.c.10.n.3.& in d.ſ. feræ n.79. Inſt.de rer.diviſ. defendemus contra communem. Bart. in d.l.14. Azon. in ſumm. d.t.n.3. Rogerium c.3. n.7. Hoſtienſ. in ſum. de uſucap. n. 2. & alios immuneros, qvos referunt & ſeqvuntur Mynſ. 4. obſerv. 53. Balb. 2. p. part. pr.4. qvæſt.1.in pr. Cœpoll. de ſervit. c. 19. Schneidvv. in §. fin. inſtit. de ſervit. Coler. ad d.c. de qvarta n.33. Sed qvali hîc titulo opus? Id vero qvæſtionis eſt difficillimæ. Ego ſic ſtatuo. Si alius deſit titulus, ſufficere ſcientiam & patientiam domini prædii illius, in qvo jus tale freqventius uſurpavi, d.l.ſi qvis 10. ſi ſerv. vind. l.1. ſ.fin. & l. ult.

Digitized by Google

ult. de aq. pluv. d. l. 5. §. 3. de itin. l. 2. C. de ſervit. tanqvam pactum & conceſſionem tacitam, l. fin. de ſervit. l. 11. §. 1. de public. l. 2. de pact. l. 3. de uſufr. ſeu titulum præſumptum, Balb. part. 1. p. pr. 3. qvæſt. 10. n. 7. Bronchorſt. cent. 1. aſſert. 58. Coler. ad d. c. de qvarta n. 29. & 35. Zanger. part. 3. de excepr. c. 8. n. 13. & n 4. Robert. 4. ſent. 8. Rævardus ad l. ſcriboniam c. 7. Idq; etiã in ſervitutib. perſonalibus obtinere puto cum Vaſqvi. 2. controv. 65. n. 8. & ſeqq. argumento l. filius C. de petit. heredit. l. qvi aliena §. 3. junct. l. qvam Tuberonis 7. §. 1. in fin. de peculio l. penult. de uſufr. contra Cœpollam d. c. 20. n. 6. Balb. p. 2. p. pr. 4. qvæſt. 2. n. 4. & ſeq. Gilken. p. 2. m. 3. c. 11. circ. fin. Et rurſum, ſi verus adſit titulus atqve traditio à non domino forte facta, non opus eſſe, ut probetur ſcientia & patientia domini prædii ſervientis. Cum alterutrum horum ſufficiat, d. l. ſi ego 11. §. 1. de publ. l. 2. verb. ex immobilium C. de ſervit. & aqva, Cœpolla d. c. 20. n. 5. Balb. part. 2. part. pr. 4. qvæſt. 1. n. 15. Fichard. ad Baptiſtam à Villalobos. lit. P. n. 246. Gilken. part. 2. m. 3. c. 12. n. 8. etſi aliud videatur Coler. ad d. c. de qvarta n. 37. Rævard. ad l. ſcribon. n. 7. Plane in jurib. negativis ſeu prohibitoriis, velut altius non tollendi, non molendi, non coqvendi panes, non ædificandi qvando & ubi voles, tituli loco eſt prohibitio bona fide (ea ſcil. opinione, qvod jure meo utar, l. fin. ff. qvemad. ſervit. amitt. l. ſi opus 21. §. ſi juſſero, qvod vi aut clam, l. 1. §. Ariſto 19. de aqva cot. Coler. d. l. n. 28. Rævard. ad l. ſcriboniam. n. 8.) facta, cum obſeqvio & paritione prohibiti, gloſſ. atqve Dd. in l. qvi luminib. ubi Bart. ff. de ſervit. prædior. urbanor. & l. 1. C. de ſervit. Cœpolla d. c. 20. n. 7. Balb. part. 2. part. pr. 4. qvæſt. 1. in fin. & part. 4. p. pr. 5. qvæſt. 5. n. 3. Schneidvv. d. §. final. n. 7. Atq; hoc adeò pacto etiã actibus meræ facultatis præſcribitur: qvamvis aliàs, ſi nulla prohibitio interveniat, nulla qvoq; contra eosdẽ currat præſcriptio: Balbus d. part. 4 p. pr. 5. q. 1. Treutl. hîc. th 3. lit. i. Ant. Gabriel. lib. 5. com. tit. de præſcript. concluſ. 10. Fichard. d. lit. g. n. 254 cum ſeq. (d) Servitutum uſucapionem Scribonia lege ſublatam eſſe teſtatur d. l. 4. §. fin. h. t. Qvo loco inter Cujac. ibi & Rævard. ad l. Scriboniam num. 3. & ſeqq. illud controvertitur: An Scribonia lex etiam ad ruſticorum, prædiorum ſervitutes pertineat? Numqve ante latam legem hanc, etiam ruſticorum prædiorum ſervitutes uſucapi potuerint?

erint? Negat Cujac. ait Ræv. Nos cum Rævardo faciemus per d. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. l. 10. §. 1. ff. h. t. Paul. 1. ſent. Cic. pro Cæcinna Aggen. Urbicum, in lib. de limit. agror. facit l. 23. §. 2. ff. ex qvib. cauſ. majores. (c) l. 4. §. final. ubi Cujac. & Ciſner. ff. h. t. Atqve huc præcipuè pertinet ſupra memorata juriũ in continua & diſcontinua diſtinctio. Illa in continuo habendi actu ſeu facultate conſiſtunt, l. 20. de ſerv. præd. urb. & tales ſunt omnes ſervitutes urbanorum prædiorum; velut tigni immittendi, luminis, ſtillicidii habendi, d. l. 20. Roger. d. c. 3. n. 3. Ciſner. d. §. final. n. 11. tale etiam habitationis jus, l. ſi habitatio 10. ff. de uſu & habitat. Eodem refert Bartolus in l. juſto 44. §. non mutat n. 4. ff. h. t. & eundem ſecutus Coler. in d. c. de qvarta n. 21. Juriſdictionem & jus exigendi vectigal. Qvod hujuſmodi jura per tribunalia & alia loca juriſdictioni dicata ac domus paſſagii nec non miniſtros ad eundem deſtinatos in perpetuo velut actu habeantur: qvod probo. Hujuſmodi ergò jura ſolo non uſu amittuntur, niſi per interpellationem adverſarii & patientiam noſtram libertas adverſum eadem uſucapiatur: text. in d. l. 4. §. final. ubi Cuj. & Ciſn. de uſucap. l. ſi qvis 18. §. 2. ff. qvemad. ſervit. amitt. d. l. ſi habitatio 10. ff. de uſu & habitat. l. 6. ubi Coſtal. ff. de ſervit. præd. urb. Jura diſcontinua ſunt, qvæ conſiſtunt in diſcontinua & interciſa temporum intervallis utendi faciendive conſuetudine, verbi gratia iter, actus, via, pecoris ad aqvam appulſus, jus arenæ fodiendæ & calcis coqvendæ, & omnes omnino ſervitutes prædiorum ruſticorum: d. l. ſervitutes 14. ff. de ſervit. Eodemqve pertinet etiam aqvæductus, etſi Rog. Coler. dict. loc. & Dd. paſſim hanc continuis jurib connumerent: ſed malè. Non enim fluxus aqvæ, ſed aqvæ ducendæ factum hîc conſiderandum, qvod diſcontinuum eſt, l. 7. §. 16. ff. qvemad. ſerv. amitt. l. 2. 3. 4. 5. 10. C. de ſerv. Item uſusfructus, uſus & jura conſimilia. Qvæ ideò omnia ſolo non uſu amittuntur, §. finitur Inſt. de uſufr. junct. pr. Inſt. de uſu & habit. l. 6. 7 8. cum omnib. ſeqq. ff. qvemad. ſerv. amitt. Ita, ut nihil opus ſit uſucapione libertatis l. pen. & ult. C. de ſerv. & aqva. Pet. Coſtal. ad l. 6. ff. de ſervit. præd. urb. (f) Nam ſi qvis per decem annos in continua perceptione ac velut poſſeſſione añuorum redituum ex certa cauſa fuerit: non ſolum præſumitur jure hactenus eos percepiſſe, ſed etiam

hoc

Digitized by Google

hoc ipſo eosdem deinceps qvoqve exigendi facultate potitur, l. cum de in rem verſo 6. ubi gl. Bart. & reliqvi Dd. ff. de uſuris l. litib. 20. C. de agric. & cenſitis. Speculator. in tit. de Emphyteuſi n. 80. Balb. part.2. part. pr.3.q.10. Gilk. part.2. m.1. c.4.5.6.7.8.9. Gail. 2. obſerv. 75. n.1. Fernand. Vaſq. illuſtr. c.93. n.29. & ſeqq. Bronchor. centur. 2. aſſert. 5. Aſt, qvid ſi illator penſionum probare velit, ſe hactenus ex errore, metu vel liberalitate mera indebitè eas perſolviſſe, audiendusne? Opinor cum Cyno in l. certis annis C. de pactis q. 10. Bald. Caſtrenſ. & aliis relatis à Cœpolla c.20.n.8. Balb. d. q. 10. n. 24. & 25. Vaſq. d.c.93.n.10 & n.32. Bronch. loco dict. Expeditior videtur uſucapio redituum, cenſuum, vel præſtationum in certo fundo jam ante jure conſtitutorum & nunc à non domino, qvem dominum eſſe putabas emptorum, argumento l. 2. C. de ſerv. l. fin. C. de præſc. long. temp. ac per ea, qvæ notavi paulo ante ſub lit. a. (g) Idem, qvod de reditib. diximus ſtatuendum qvoqve de operibus hominum, ruſticorum puta & ſimilium per nobiles hactenus uſurpatis, d. l. litib. 20. C. de agricolis, Balbus d. q.10.n.6. (h) Qvod variè procedit. Primo poſſeſſor, qvi rem diu ut emphyteuticam poſſedit & canonem perſolvit ſciente & recipiente domino, hoc pacto adqvirit in ea re uſumfructum emphyteuticum d. l. fi. in fi. C. de præſcriptio. long. temp. Balb. d. q. 10. n. 35. cum ſeqq. poſt. Ant. de Butrio in c. pervenit extr. de cenſib. & Felin. in c. cum Bertholdus de re judicata; Sin ignorante domino rem ſuam eſſe & per errorem canonem recipiente, non item, niſi 30. annis. & in his terminis procedit ſententia Bart. in l. competit C. de præſcript. 30. an. & Jaſonis loco à Balbo relato, idem Balb. part. 4. q 9. præſumitur tamen & hic ex decem annorum continua receptione canonis contractus interveniſſe emphyteuticus, donec contrarium probetur; Et hactenus locum inveniunt tradita Tiraq. §.1. de præſcript. gl. 4. Vaſq. lib. 2. controv. 62. in pr. & 64. n. 8. Gilk. d. m.1. c.6. n. 4. Similiter (i) ſi alienus fundus à non domino in emphyteuſin detur, vel domino conſentiente ab eo, qvi pro emphyteuta habetur, ſed falsò, emphyteuſis in me alienetur: non dubitandum, qvin his caſibus dominium utilitatis emphyteuticæ uſucapiatur adverſus dominum vel emphyteutam verum, tempore ſcil. longo, l.15. §.26. ff. de dam. infecto. addit. ad Balb. d. q. 9. Rand. d. c.

 8. n. 30.

8. n. 30. Pari ratione (s) immunitatem ab onere emphyteutico dominus longo tempore uſucapiet, modo bona fide & probabili ex cauſa rei poſſeſſionem nactus fuerit, argumento d.l. 4. §. fi.ff.h.t. pulchre Vaſq. q.68 in pr. Sed an etiam emphyteuta proprietatis dominium uſucapiet? Nego, l.12.§.2.ff.de public. l.2.ff. pro her. l.5.C. de A. P. Balb. part.4. p. pr. 4. q. 8. & q. 11. n. 4. & ſeqq. Jul. Clar. §. Emphyteuſis q.25. Exceptio eſt in l. non ſolum 33. §. 1. h.t. Plane tertius nullo negotio uſucapiet. Balb. d.q.8. n.fi. (i) L.viros C.de div. offic. l.2. C. de fund. limitroph. c. cum contingat 13. de foro compet. c. irrefragabili, §. de offic. ordinar. Jaſ. in l. imperium n.20. & n. 22. in fi. de juriſd. Cœpolla d.c.19. n.9. verſ. qvartus caſus Balbus part.2. p. pr.5.q.3.n.5. Fichard. ad Baptiſt. à Villa lobos. d. lit.P.n.218. Coler. d. c. qvarta n.21.& in c. auditis n.9. faciunt not. Bart. in d.l. juſto §.non mutat.n.4.. ff. h.t. maximè cum territorio vel caſtro, Boërius deciſ. 227. n.9. Obrecht. de juriſd. c.10. n.15. (k) Ita tradit Bart. in l. ſi publicanus §.1. n.1. de publican. Balb. part.2.part.pr.5.q.4. n. 2. & in q. 5.n.1. ubi citat Baldum in l. licitatio §. earum ff. de publicanis. Si tamen ad feudum hujuſmodi regalia pertineant,etiam adverſus privatum non niſi triginta annis uſucapiuntur, Vult. 1. de feud. 9. qva de re mox plura. Sed anne absqve titulo, vel ex ſola patientia horum uſucapio Procedit? Ait Vaſq. c.65. n.8.

X. Uſucapio nova eſt uſucapio a rerum, quarum commercium, omnino omnium, vel absque titulo, b *longiori temporis tractu tamen, procedens. Eaq; ſola quoque citatione interrumpitur.* c *Et rurſum temporis eſt vel longisſimi, vel immemorialis.*

(a) Nova eſt, arg. d.l.1. ff. de pet. her. l.1.§. 8. ad SCtum Tertyl. Rævard. in Trib. n.2. qvia antiqvæ æqvè ac mediæ Jurisprudentiæ planè fuit incognita, Balb. 2. part. p. pr.3.q.12. n. 12. Pinell. in auth. Niſi triennale C de bonis matern. Fernand. Vaſq. lib. 2. contr. c. 50. n.27. Bronch. cent.1. aſſert.52. Gilk. part.2. m.2.c.21. in pr. Uſucapio tamen

tamen eſt, qvod & notatio & definitio uſucapionis eidem belliſſime convenit. Olim qvidem 30. vel 40. annorum poſſeſſio exceptionem tantum pariebat, non actionem: ſed Juſtiniani lege tandem præſcriptio in uſucapionem transfuſa, d.l. 8. C. de præſcript. 30. ann. An igitur dominium jam confert poſſeſſio temporis longiſſimi? Ajo cum Ario Pinello in d. au. niſi tricennale 36. & ſeqq. Coraſ. 6. miſcell. c. 20. n. 6. contra communem Dd. ſententiam, qvam refert & tuetur Gilken. d. part. 1. c. 4. n. 42. Rationes noſtræ aſſertionis has profero. (1) Qvia priſtino domino jus ſuum tanti lapſu temporis plane perit, l. 4. in verſ. jugi ſilentio extinctum, C. de præſcript. 30. annor. Vaſq. 2. controv. 54. n. 10. & ideo qvod nullius jam eſt, merito cedit tenenti, l. 1. ff. adqvir. poſſ. l. 2. pro derelict. (2) Qvia eadem uſucapionis novæ, qvæ antiqvæ videtur ratio, argumento l. fin. ff. pro ſuo l. 2. ff. aq. plu. l. 1. de uſurpat. Pin. n. 38. Vaſq. n. 7. Coraſ. n. 6. (3) Qvia d. l. 8. C. d. t. poſſeſſioni aliud qvid poſſeſſione pinguius adjicit. Qvod, qvid aliud ? qvam ipſum rei dominium? Inter poſſeſſionem enim & dominium nullum datur tertium, l. 38. §. 7. de V. O. l. 188. ubi Gœdd. de V. S. (4) Textus extant ſatis clari in d. auth. niſi tricennale C. de bon. mater. juncta auth. malæ fidei C. de præſcript. long. temp. c. inter memoratos, c. jubemus, c. præſulum 16. q. 3. & c. volumus q. 4. Nec adverſatur d. l. ſi qvis verſ. ita tamen. Qvoniam is verſiculus cum ſeqq. ad ſolum malæ fidei poſſeſſorem referendus, uti contextus ſatis coarguit, Pin. d. n. 38. (b) Tituli qvippe vicem ſuſtinet, imo defectum ejusdem notorium ſupplet nimia temporis diuturnitas, adeò, ut non audiatur, qvi tituli defectum probare velit, d. l. 8. C. de præſc. Cœpoll. d. c. 20. n. 5. Balb. part. 2. p. pr. 4. q. 1. n. 13. & part. 1. ejusd. q. 1 n. 2. Vaſq. 2. controv. 83. n. 54. & c. 87. n. 1. cum ſeqq. Gilk. part. 2. memb. 1. c. 11. Ideo ne qvidem ad uſucapionem adverſum Eccleſiam vel Rempub. titulo opus, c. de qvarta, c. ad aures de præſcript. c. cum Eccleſia Sutrina de cauſ. poſſeſſ. & propr. Balb. ad l. Celſus n. 4. h. t. Covaruv. variar. reſolut. 1. c. 17. n. 7. Zang. part. 3. de except. c. 8. n. 39. Gilk. d. c. 11. n. 3. Si tamen res prægrandis ſit momenti, & ſimul juris aliqva præſumptio vehemens uſucapere volenti reſiſtat: vel titulo opus, vel tempore tanto cujus initii memoria non extat, Treutl. diſp. hic th. 5. in ſi. Gilk. d. c. 11. per c. 1. de præſcript.

Digitized by Google

Vult. 1. de feud. 9. n. 4. cum ſeqq. Qvo loco acriter diſceptatur: An feudum absqve domini conſenſu alienatum à tertio bonæ fidei emptore uſucapi poſſit. Nego cum Vult. Sonsb. Giph. loc. dict. per text. in c. præterea de capit. Corradi c. 1. §. nos autem de prohib. feud. alienat. per Frider. Clar. in §. feudum, q. 45.

XII. Quadraginta anni neceſſarii ſunt ad uſucapiendas res fiſcales, a *& dominicas,* b *prædia piorum* c *locorum, civitatum,* d *& (Romana excepta) eccleſiarum.*

(a) Qvæ ſc. fiſco jam qvæſitæ ſeu, ut vulgo loqvuntur, incorporatæ ſunt, §. res fiſci, ubi Dd. Inſt. uſucap. l. qvamvis 18. l. 24. in fin. ff. eod. l. final. C. de fund. patrim. junct. l. 3. 4. C. de bon. vacant. Idem obtinere puto in bonis vacantib. fiſco jam nunciatis & ab eodem agnitis, etſi nondum ſolenniter incorporatis, d. §. res fiſci in verb. nondum nunciatis & ibi Weſ. l. qvamvis 18. ff. h. t. junct. l. fi. C. de bon. vacant. Si tamen deſtiterit delator: perinde eſt, ac ſi bona nunqvam nunciata eſſent, textus in l. 10. ff. de div. & temporalib. Rurſum ſi ex bonis vacantib. in fiſcum redigendis, qvis anteqvam nunciata fuerunt, à poſſeſſore eorundem rem bona fide traditam acceperit; uſucapiet, annis ſc. 10. Qvoniam cœpit uſucapio, anteqvam res fiſcales factæ, arg. l. ubi lex 24. in fin. ff. de uſucap. Qvi verus eſt intellectus d. l. 18. ff. & §. res fiſci inſt. h. t. in qvorum explicatione mirè ſe torqvent ac hallucinantur interpp. penè omnes, uti videre eſt apud Azonem in ſum. C. de qvadrien. præſc. Balb. 2. part. p. pr. 5. q. 1. Fichhardum in d. lit. P. n. 224. Schneid. de ſpeciebus præſ. n. 39. Zanger. d. c. 8. n. 61. Heig. Ant. Matth. & alios in d. §. res fiſci. Cuj. in d. l. qvamvis 18. ff. h. t. Ciſn. ad l. 9. ff. h. t. Qvid ergo de bonis vacantib. fiſco nondum nunciatis ſtatuendum? Ea, niſi nuncientur intra qvadriennium, cedunt poſſidenti d. l. 1. §. Divus 2. ff. de jure fiſci: d. l 10. ff de div. & tempor. l. 1. C. de qvadrien. præſ. Neq; tum ulla uſucapione opus eſſe puto contra Cuj. in d. l. qvamvis; per §. feræ Inſt. de rerum diviſ. textus perſpicuus in l. qvia autem 6. §. certe 7. ff. ſi qvis omiſſ. cauſa. Idem eſt ſi fiſco nunciata qvidem fuerint,

 ſed

fert ab eo qvi Calendis dari ſtipulatur, *l. 13. l. 56. §. 5. ff. de verb. oblig.* Qvi intra Calendas dari ſtipulatur videtur ſpectaſſe omne tempus, qvod Calendarum die includitur. Vide de hac locutione elegantem diſſertationem apud *Gell. lib. 12. noct. Att. c. 13.*

33. Qvi ita ſtipulatur, *qvod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare ſpondes?* qvamvis expreſsè non adjiciat diem, videtur tamen non hodie, ſed ſua die, hoc eſt, Calendis ſtipulari, *l. 47. ff. de verb. oblig.* Qvod de Calendis diximus, idem in Idibus & nonis etiam probandum eſt, *d. l. 41. §. fin. ff. eod.*

34. Illud hic qværitur, ſempérne per contractum diem obligationi adponi oporteat? Ego verò nihil intereſſe puto, pacto dies ſolutioni præfinita fuerit, an ſtipulatione: pacto tamen, ſi in continenti contractui fuerit adjectum, ſecus qvàm exiſtimant, *Bald. Alex. in l. ſi inſulam, 84. n. 22. Bolog. n. 122. ff. de verb. oblig.*

35. Qvotiescunq; certa dies hiſce modis obligationi inſeritur, longè jam diu non Interpp. modo ſed ipſi etiam prudentes non uno in loco notarunt, tanti rem debitam æſtimandam eſſe, qvanti ea die fuerit, indicio eſt *d. l. vinum, 22. ff. de reb. cred. d. l. ult. ff. de condict. trit. d. l. 37. ff. mand. l. 11. ff. de re indic.*

36. Nihil hac ſententia verius, nihil æqvius dici aut fingi poteſt, non ideò tantùm, qvod dies ſolutionis obligationis pars eſt, ut ſcriptum reliqvit JCtus *in l. 1. §. 2. ff. de edend.* ſed qvia contrahentes illud rei pretium animi cogitatione præceperunt eo ipſo, qvod rem talem præſtari voluerunt, qvalis ea die futura eſſet.

37. Neq; in hac qvæſtione diſtingvendum duco, an merx, hoc eſt, tale qvid, qvod in genere conſiſtat, an certa ſpecies, veluti *homo*, *fundus* debeatur. Sive enim genus, *d. l. 22. d. l. ult. l. 59. ff de verb. oblig.* Sive certa ſpecies ſit in obligatione, *d. l. ult. d. l. 37. ff. mand.* ſemper regulæ noſtræ locus eſt.

38. Nec eò minus dies ſpectatur, qvod poſt ejus lapſum creditor debitorem ut ſolveret, interpellavit. Qvi enim eum hoc ipſo à conventionis lege receſſiſſe autumant, næ illi largiter errant. Ita omnes omniũ prope ætatum Interpp. ſine hæſitatione ſtatuerunt, uti haud immeritò hæc communis appelletur. *And. Kohl. exercit. 12. n. 31. ubi plures allegat.*

39. Si qvis ita ſtipulatur *decem hodie dare ſpondes?* Hanc obligationem in diem eſſe, & proinde in ineunda æſtimatione præſentis diei rati-

eo nomine obligatus eſt, ut præſtet creditori, qvanti ejus interfuit ſua die factam eſſe ſolutionem. In qvo tamen non continebitur pretium, qvod poſtea crevit, qvia non qvid hodiè interſit actoris ob non factam ſua die ſolutionem attendi oportet, ſed qvid eo ipſo die interfuerit, qvo res dari debuit, uti loqvitur JC. *in l.3. ff. de in lit. iur. l.11. ff. de re iud.*

47. Tacitè tempus ineſſe diximus, ſi qvis ita ſtipuletur *centum Capuæ dare ſpondes?* Qvod autem accipi debeat qværitur. Et magis eſt, ut totam eam rem ad judicem, *hoc eſt*, bonum virum remittamus, qvi æſtimet, qvanto tempore diligens paterfamilias conficere poſſit, qvod facturum ſe promiſit, *l.137. §.2. ff. de verb. oblig.*

48. Neqve enim diebus & noctibus, & omni tempeſtate contempta, iter continuare cogitur, neq; tam delicatè progredi debet, ut reprehenſione dignus videri poſſit: Sed ita agat, ut maturè perveniat, *hoc eſt*, eô tempore, qvo pleriq; ejusdem conditionis homines pervenire ſolent.

49. Num verò perinde hoc tempus in ineundarei debitæ æſtimatione ſpectandum ſit, ac ſi expreſſè adjectũ eſſet difficilis eſt, & in utramq; partem à Dd. arbitrata qvæſtio: Cõmunis concluſio eſt, teſte *Jaſ. in l.60. n.5. ff. de verb. oblig.* etiã hoc tempus rectè conſiderari, à qvo recedit *And. Khol. d. loco. n. 9.* ubi fuſiùs diſputat contra communem. Ego communi herbam dare non dubito.

50. Si qvis ſtipulatur *domum ædificari, inſulam fabricari*, qvamvis pura ſtipulatio videatur, tacitè tamen tempus complectitur, qvo opus fieri potuit, *l.73. ff. de verb. oblig.* Celſo namq; placet non antea agi poſſe ex hac cauſa, qvàm tempus præterijſſet, qvo inſula ædificari poſſet, *l.14. ff. eod.* Neqve repugnat, *l.62. §.2. ff. eod.*

51. Qvæ cauſa eſt, cur nondum exacto eo tempore, ut in cæteris omnibus in diem obligationibus, ad facti promiſſi æſtimationem perveniri non poſſit.

52. Hoc tamen diverſum eſt in dandi & faciendi obligationibus, qvod in illis verum rei pretium, in his qvanti noſtra intereſt opus factũ eſſe, perſeqvimur. Illud autem qvod intereſt aliqvando rei ipſius pretium excedit, *l.11. ff. de act. empt.* aliqvando tantundem eſt, *d.l.1. l.13. ff. de mund.* qvandoq; minus, interdum etiam nihil, *d. l.13. l.112. §.1. ff. de V.O.*

53. Illud obiter hic qværere placet, an factum promiſſum peti poſſit, an verò tantum ſit in præſtatione. Sunt, qvi exiſtiment eſſe in arbitrio & electione actoris, utrum malit factum ipſum petere, an ejus æſtimationem. Qvæ ſententia vix eſt, ut ſuſtineri poſſit.

54. Ma-

ræ, ſive per tacitam interpellationem, *ut in l. vinum, 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de condict. trit. l. 59. ff. de verb. oblig.* Sive per expreſſam contracta ſit, ut *in l. pen. ff. de condict. trit. l. 3. §. ſi per venditorem, ff. de act. empt.* aliqvando verò tempus litis conteſtatæ, ut *in d. l. vinum, 22. l. 3. §. 2. ff. commod.* qvandoqve deniqve tempus rei judicandæ ſive condemnationis, *d. l. 3. d. l. pen. ff. de condict. tritic.*

4. Ea tandem omnium ferè votis atqve ſuffragio obtinuit ſententia, ut omnia iſta tempora æqvè conſideranda ſint, & tanti res debita æſtimanda, qvanti plurimi unqvam fuit à tempore moræ usqve ad condemnationem. *Antonius Fab. decad. 16. err. 1.*

5. Inventi etiam fuerunt, qvi ut leges in ſpeciem pugnantes conciliarent, varias exeogitarunt diſtinctiones. Qvidam inter genus debitum & ſpeciem; nonnulli inter bonæ fidei & ſtricti juris contractus diſtingvunt: alii aliter.

6. Qvorum omnium opiniones & ſententias recenſere, non eſt animus. Id enim nimis longum foret, & cum tædio conjunctum, & qvia abundè hoc factum eſt ab Andrea Kohl, qvi hac in re nobis bonam navavit operam. Hunc conſulat, cui cæterorum varias opiniones legere volupe eſt.

7. Enitendum potius nobis eſt in hac opinionum varietate, ut qvò major eſt difficultas, eò majori ſtudio ac induſtria inveſtigemus qvid verum, æqvum, rectumqve in iis ſit, ut animus ubi tutò acqviescere poſſit, locum inveniat.

8. Tentabo igitur, qvantum vires tulerint, num faciliore & compendioſiore via perveniri poſſit ad tam grande ſecretum. Qvod ut felicius ſuccedat, ita progrediar.

9. Primùm videbo, cujus temporis habenda ſit ratio, ſi extra judicium res petatur, vel ejus æſtimatio ſolvatur: Deinde, ſi in judicio. Sic enim fiet, ut ſimul omnia iſta tempora, qvæ in diſceptationem veniunt, à nobis cognoſcantur & perpendantur.

10. Tempus contractus ſicut in hoc negotio naturâ prius eſt; ita ab eo noſtra exordium capiet diſputatio. Regula verò hæc eſto: in ineunda rei debitæ æſtimatione tempus contractus ſpectari minimè oportet.

11. Qvoniam hoc ut fiat neq; ulla, qvod memini, lege expreſſum;

ſum, cautumqve eſt, neqve etiam juris ratio vel æqvitas ſuadet. Manifeſtiſſimum namqve eſt, non æſtimationem ſed ipſam rem eſſe in obligatione. Idqve ad unum omnes ſentiunt, qvotqvot ſunt & fuerunt juris Interpp. *Gl. in d. l. vinum 22. ubi Bart. num. 3. & 4. Bald. n. 2. & 5. Caſtrenſ. n. 3. & 7. Jaſ. n. 18.* dicens, hoc omnes indifferenter tenere. *Donell. n. 8. Cuiac. ad Afric. tr. 8. in explicat. l. hominem, 37. ff. mand. Anton. Fab. 16. coniect. 8. & decad. 16. err.*

12. Perperam hîc nonnulli excipiunt eum caſum, qvando *l. 2. C. de reſcind. vend.* agitur ad contractus reſciſſionem. Ut enim hic conſtet de læſione, ad contractus tempus recurrendum ajunt; Qvod ipſis libenter concedo, hoc ſi mihi viciſſim conceſſerint, non æſtimari ibi rem venditam, ut ejus æſtimatio ſolvatur, ſed ut ineatur ratio læſionis, & ſi ea immodica fuerit contractus reſcindatur. Declaratio igitur regulæ, non exceptio erit.

13. Agunt & illi parum exqviſitè, qvi exceptionem qværunt *in l. 28. de novat.* Illud enim ante omnia conſiderandum venit, qvid ſit in obligatione, æſtimatio an res ipſa: Æſtimatio certa nunqvam ex poſt facto creſcere poteſt, non magis qvàm ut ex decem fiant undecim: Toties æſtimatio creſcit, qvoties ipſa res debetur, cujus pretium pro temporum varietate mutatur. Neqve etiam qvæſtioni locus eſſe poteſt, cujus temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione, cum non res ſed ejus æſtimatio jam debetur.

14. Sicut autem tempus contractus non ſpectatur: ita neqve ex tempore exiſtentis conditionis æſtimationem metiendam placet. Eventus enim conditionis nihil aliud efficit, qvàm ut obligatio jam pura ſit, non conſtituit debitorem in mora, neqve aliam ullam juſtam cauſam adfert, cur ejus temporis æſtimatio ſpectanda ſit.

15. Et hæc ſententia communi omnium Dd. adſenſu probata & adprobata eſt, teſte *Bologn. in d. l. vinum, n. 30.* ubi communem dicit. Bart. *in l. qvoties, 59.* dicente omnes ita tenere. *Donell. ibid. de V. O.* Et ab hac communi & in conſulendo & judicando non eſſe recedendum ait *Alex. in d. l. qvoties ff. de V. O.*

16. In alia omnia diſcedunt *Raphael Cum. in d. l. qvoties, 59. Alciat. n. 10. & ſeqq. Cuiac. verſ. ſimiliter conditione*; moti verbis illius loci, qvæ qvidem prima fronte ipſorū errori patrocinari videntur, accuratius tamē conſiderata nihil minus qvàm hoc faciunt. 17. Ex-

Digitized by Google

17. Expungit *Ant. Fab. ex d. l. 59.* verba *ſub conditione.* Expedita hæc qvidem ſolvendi ratio, ſi qvod in legibus minus placet tollas, ſed vereor ut ſatis tuta. Si enim eò licentiæ progredi licet, qvid tandem certi relinqvetur? Nos hoc pharmaco ne opus ſit, aliud adhibebimus remediũ.

18. Succedit jam tempus ſolutionis, de qvo nihil attinet hîc qværere, ſi res ipſa debita ſolvatur, *l. ubi autem, 75. § ult. ubi Dd. de verb. oblig.* Verùm ſæpenumerò incidunt tempora, ut res ipſa dari non poſſit, vel qvia aliena, vel qvia deterior facta proponitur, ut neceſſario ad æſtimationem deveniendum ſit. Hinc nata qvæſtio eſt, ſit ne ad hoc tempus referenda æſtimatio?

19. Nihil veriùs hîc dici poteſt, qvam ineundã eſſe ex hoc ipſo tempore, qvo citra moram ſolvitur, æſtimationem. Ita comuniter placuit Interpp. ferè omnibus *Bart. in l. cum certum, ff. de aur. & arg. leg. Bald. in l. cum quid, n. 7. verſ. hinc teneo, ff. de reb. cred. Decian. conſ. 123. n. 88. & 91. vol. 3. Anton. Fab. de var. numm. deb. ſolut. c. 21. verſ. cum ergo.* Qvod ipſorum placitum ex dilucidis & obviis juris principiis oſtendi poteſt.

20. Effatum namq; eſt ipſorum prudentium longè certiſſimum, tantũ eſſe dandum, qvanti res, tum, cum ſolvitur, comparari poteſt, *l. 11. § 5. ff. de leg. 1. l. 35. ff. de aur. & arg. leg.* Præſens igitur æſtimatio rectè conſideratur.

21. Non minus evidentiſſimum eſt, ſolutionem ita fieri oportere, ut tantundẽ conſeqvatur creditor, qvam haberet, ſi res ipſa fuiſſet ſoluta. Qvæ, niſi fallor, in ſimili eſt collectio JCti *in l. 21. § 3. ſub finem, ff. de act. empt.* Hoc autem ita eveniet, ſi præſens rei pretium offeratur.

22. Planè ſi verum fateri volumus, nullum aliud tempus ſpectari hic poteſt: non contractus, qvia ejus nullæ in rebus æſtimandis partes ſunt: non moræ, qvia ponimus debitorem ſpontè citra moram ſolvere: non etiã litis conteſtatæ, qvia ſine judice negotiũ tranſigitur. Relinqvitur igitur præſentis temporis rationem habendã eſſe. Sed qvid ego Soli lumẽ?

23. An verò tempus ſolutionis inſpici oporteat, obligatione in diem concepta, dubitationis eſt: qvia pluſqvam manifeſtum eſt, ſi dictum ſit, qva die res reddi debeat, tanti eam eſſe æſtimandum, qvanti ſua die fuerit, *d. l. l. vinum, 22. ff. de reb. cred. d. l. ult. ff. de condict. trit.* & qvia æſtimatio ea die major eſſe poteſt. Magis tamen eſt, ut, ſicut rem ipſam reus ante diem ſolvere non prohibetur, *l. 137. §. 2. ſub finem, ff. de verb. oblig.* ita etiam eam, qvæ tempore ſolutionis eſt, æſtimationem ſolvere ei permittatur.

Digitized by Google

24. Si verò accidat, ut creditorem eam recipere recuſet, ſeqvatur conſilium, qvod Imp. Philippus *in l. 19. C. de uſur.* Hyreniæ impertitur, & pleniſſimam conſeqvetur liberationem.

25. In controverſiam hîc vocatur, qvid dicendum ſit, ſi venditor fundum alienans pacto ſibi redimendi facultatem reſervârit, debeátne idem illud, qvod accepit pretiũ reddere, an verò tantum, qvanti ſecundæ venditionis tempore fundus eſt? Et placet, ſi nihil de pretio convenneris, in fundi redemptione pretium, qvod tum temporis eſt reſtituendum eſſe, *Theſaur. deciſ. 140.* pluresq; alii, qvos refert & ſeqvitur *And. Kobl exerc. 11. n. 2.*

26. Secus verò eſt, ſi qvis jure retractûs uti velit, & contractũm reſcindere vigore juris protimiſeos. Pretium namq; illud, qvod à primo emptore numeratum vel promiſſum eſt integrum reſtituere debet. *Ita Dd. in c. un. §. 1. 2. feud. 3. And. Gail. 2. obſ. 19. n. 7. And. Kobl. d. loco, n. 25.*

27. Illud non ſatis expeditum eſt, an regula noſtra locum habeat, ſi is, qvi æſtimationem ſoluturus eſt, ante traditionem intrinſecam rei bonitatem induſtria, ſumptibus, & impenſis ſuis fecerit meliorem, ut ideò pluris valeat, qvàm aliàs valeret. Deducendam pleriq; ajunt laboris & impenſarum æſtimationem, vel compenſandam eſſe, *And. Kobl. d. exerc. n. n. 20.* Æqviſſimum certè illud, ſi bona fide eſt impenſum.

28. Ita ſe res habet, ſi ſine mora fiat ſolutio: Reliqvũ eſt, ut diſpiciamus, qvid de hac qvæſtione ſtatuendum, ſi mora contrahatur. Duobus autem modis mora comittitur, uno per diei adjectæ lapſum: altero per hominis interpellationẽ. Primò de die obligationi adpoſita videamus.

29. Circa diem duplex occurrit inſpectio: aut enim expreſsè aut tacitè adjicitur. Expreſsè ita: *Calendis Januariis decem dare ſpondes?* Tacitè ſic: *Capue centum dare promittis.*

30. Qvi Calendis Januariis ſtipulatur, ſi adjiciat primis vel proximis, res nullam habet dubitationem. Sed & ſi dicat ſecundis, vel tertiis, vel qvibus aliis æqvè dirimit qvæſtionem, *l. 41. ff. de verb. oblig.* Conſtat namq; apertè ex verbis ſtipulatoris, de qvibus diebus ſenſerit.

31. Sin verò non addat, qvibus Januariis facti qvæſtio inducitur, qvam *Ulp. in d. l. 41.* ita definit, ut ſi appareat, qvid acti ſit hoc judex ſeqvatur; Sin minus Sabinus probat primas Calendas ſpectandas eſſe. Si qvis ipſa die Calendarum ſtipulatur, de ſeqventibus actum videtur.

32. Qvi ita ſtipulatur *ante Calendas proximas dare ſpondes?* nihil differt

Digitized by Google

riali & functionibus imperii, f *regalia ac reſervata principis adverſus principem ipſum*, g & *res eccleſiæ Romanæ.*

(a) Nam qvod in l.3. §.2. ff. de aq. cot. temporis immemorialis mentio fit: inde inferri neqvit, antiqvam eſſe ſpeciem hanc. Ductus aqvæ, cujus origo memoriam exceſſit, jure conſtituti loco habetur, ait JC. Qvid mirum? Cum idem præſtet etiam minoris temporis uſus, puta annorum 10. vel 20. l.1.§.fi. l.2. l.ult. de aq. plu. l.10. ſi ſerv. vin. l.2. l.7.C. de ſer. l 4.C. de aqvæduct. Qvippe qvid? Qvod non tam ipſo jure hoc fiat, qvam tuitione prætoris, d. l.ult. de aq. plu. d.l.7.C. de ſerv. Talis ergò uſucapio, qvæ immemorialis temporis ope dominio noſtro adjiceret ea, qvæ aliàs per leges uſu vel poſſeſſione longa capi non poſſent, nec antiqvæ, nec mediæ jurisprudentiæ cognita fuit. arg. l.5. & 6.C. de præſc. 30. an. Reſtat igitur, ut ſpeciem hanc partim Juſtiniano l.23. cum auth. ſeq. C. de SS. Eccleſ. partim pontificib. c. qvibusdam §. præterea d. V. S. c. 1. de præſcript. in 6. partim Dd. traditis noviter acceptam feramus. (b) Qvæ habere fertur vim legis arg. l.1. §. fi. & d. l. 2. in pr. de aq. pl. privilegii, tituli jure conſtituti, per d.l.3.§.4. præſumptionis juris & de jure, per c.1. de præſcript. in 6. niſi de notoria mala fide conſtet c. fi. de præſcript. Gabriel. l.5. concluſ. tit. de præſcript. concl.1. Joh. Bap. à Villa. lit. P. n.223. Maſc. de probat. vol.3. concl.1371. n.16. Zang. 3. de except. c.8. n.38. C. in d. c. de qvarta n.57. cum ſeqq. Gilken. part.2. memb. 2. c. 1. n.6. Immemorialis verò præſcriptionis nomine etiam centenariam complectimur, Cæpolla d.c.19.n.9. qvam hominum memoriam excedere dubitari neqvit, l.56. de uſufr. qvamvis non contra omnis imemorialis præſcriptio centenaria ſit, Sneid. d. loc. n.26. Balb. p.2. p.pr.3. qvæſt.6.n.24. (c) Qvoties ſcilicet ſpecies ante relatæ ſunt prohibitæ, d.c.1. & ibi canoniſt. de R. J. in 6. Vult. d. c. 71. n.18. (d) l. in rebus 30. C. de jure dotium. (e) per d.l.3. § 3. cum authent. ſeq. C. com. de legat. l.fi. C. de reb. alien. Gilk. part.3. c.13. n.3. & 4. (f) l. comperit 6. C. eod. tit. Balb. d. part. 2. par. pr. 5. qvæſt. 1. 5.7. (g) dict. c. ſuper qvibusdam §. præterea d. V. S. Spec. de cauſ. poſſeſ. &

prop. 5. qvia verò n. 14. Crau. conſ. 54. n. 8. Fich. d. lit. P. n. 220. & lit. R. n. 17. Mynſing. 4. obſ. 24. & 5. obſ. 29. Geil. de pace pub. lib. 1. obſ. 6. n. 11. Coler. ad d. c. de qvarta n. 62. cum ſeqq. Vult. 1. de feud. 9. n. 81. (g) l. 23. cum auth. ſeq. C. de SS. Eccleſ. Et hoc qvidem caſu præciſè anni exiguntur centum, c. ad audientiam 13. c. ſi diligenti. n. 12. & c. qvoniam. n. 32. de præſcript. Sneid. d. loco n. 29. Balb. d. p. 1. p. pr. 5. qvæſt.

CORONIS

Tantum de rerum uſucapione, a à qua longiſſimè differunt præſcriptiones temporales & peremptoriæ actionum, exceptionum & allegationum conſimilium, utpote abbreviandarum & circumſcribendarum litium gratia in odium deſidum, b *ac proinde pro variis actionum & remediorum generibus variæ ac multiplices paſſim legibus proditæ.* c.

(a) Cujus ſpecies duæ poſtremæ etiam Saxonum jure retentæ, addition. Fach. diff. 11. Col. ad d. c. de qvarta n. 87. Sneid. de loco. n. 54. part. 2. conſtit. elect. 1. ubi Moller. Zanger. d. c. 8. n. 63. Species autem tres priores Saxo in duas contraxit: qvarum una eſt mobilium, qvæ bona cum fide & juſto titulo completur ſpacio anni unius cum ſex ſeptimanis **Landtrecht** l. 1. art. 28. in pr. & li. 2. art. 44. in pr. cum ibi not. gl. Weichb. art. 4. ſuper verbo **Jahr und Tag** Fachs. d. diff. 11. Coler. in d. c. de 4 à n. 77. usq; 82. Schneid. d. l. n. 53. Zang. d. c. 8. n. 71. Altera eſt immobilium & incorporalium, qvæ completur ſpatio ann. triginta unius cum ſex ſeptimanis, **Landr.** li. art. 28. & ibi gl. Fach. d. lo. Schurf. conſ. 32. n. 14. & conſil. 69. n. 1. c. 1. Zang. Schn. d. lo. Sed anne ad tricennalem præſcript. Saxonicam bona fide opus: Negat Weſ. ad Schn. in pr. Inſt. hic. n. 20. Affirmare id videtur gl. **Landr.** d. art. 29. n. 3. conſt. elect. 3. part. 2. in fi. & ibi

Moll.

Moll. Nobis placet diſtinctio, qvam innuit Coler. ad c. qvoniam n. 33. & 34. Nempe neceſſariam eſſe bonam fidem in uſucapione Saxonica rerum & jurium: Qvia ſurrogata eſt in locum uſucapionis civilis, adeoqve juxta ejus naturam regulanda, Everh. in top. lo. à vi ſurrogati, Balb. part. 2. part. pr. 3. q. 14. n. 2. Gabr. d. t. concl. 4. in pr. Rauch. d. q. 28. n. 8. Gilk. p. 2. m. 1. c. 1. n. 8. Moll. ad d. conſt. 3. n. 2. Non eſſe vero neceſſariam ad præſcriptionem Saxonicam actionum. (b) Enimvero (1) Uſucapio adqviſitionis genus eſt, l. 3. de uſucap. Præſcriptio liberationis & exceptionis, l. 3. in verb. nec diutius & l. 4. in verb. extinctum C. de præſcript. 30. an. & t. t. ff. de diverſ. & temp. (2) Uſucapio ſubſtantiam capit ex facto & poſſeſſione uſucapientis, d. l. fine 25. ff. d. uſucap. nec enim ulla obligationis poſſeſſio, vel uſus ex parte debitoris cogitari poteſt. Præſcriptio ex negligentia & ſilentio ejus, contra qvem allegatur, juncta ſanctione legis, l. 3. & 4. C. de præſ. 30. an. l. 1. in pr. & l. 3. in fi. de ann. except. Rauchb. d. lo. n. 6. 9. & 33. An igitur ad præſcriptionem actionum perſonalium bona fides neceſſaria? Negant & recte Weſ. dd. locis, Zang. dict. c. 8. n. 46. Rauchb. d. n. 9. Bronch. 4. aſſert. 6. & antiqviores relati à Gabriel. d. concl. 3. Gilk. p. 2. m. 2. c. 3. in pr. Rationes in promptu ſunt multæ & graves (1) Qvod ubi nulla poſſeſſio, ibi nec bona & mala fides in conſiderationem venire poteſt, Rauchb. d. lo. (2) Qvod actio, qvæ ipſo jure extincta, ob ſcientiam debitoris non poteſt reviviſcere, d. l. 3. & l. 4. C. de præſc. 30. ann. Zang. d. c. 8. n. 7. (3) Qvia remiſiſſe obligationem creditur, qvi intra terminum legalem ad agendum præſcriptum non agit, arg. l. ſi de eo 40 §. 1. ff. de adq. poſſ. & l. 2. ff. de part. d. l. 3. C. de annal. except. (5) Qvia ſi poſt decurſum tanti temporis etiamnum de bona vel mala fide diſqviſitio inſtituenda, multiplicarentur, non minuerentur lites, contra fidem præſcriptionum l. fi. ff. pro ſuo, l. 2. de aq. plu. Non obſtant c. 5. & c. fi. de præſc. (1) Qvia de uſucapione rerum, non actionum præſcriptionib. loqvuntur, (2) Qvia lex creditorem æqvè ad exigendum intra terminum legitimum, ac debitorem ad ſolvendum adſtringit, arg. l. 1. & 2. d. ll. d. l. ſi C. de an. except. (3) Qvia non peccat debitor, qvi utitur gratia ſibi per creditorem tacitè facta, & autoritate legis l. 137. de R. J. (4) Qvia ne à di-

ſtivus nunc tranſitus videtur ad tempus moræ per hominis interpellationem contractæ.

62. Difficilis autem hujus rei definitio eſt,ut *Pompon.lib.12.Epiſt.* ſcribit. Et an mora facta intelligatur,neq; conſtitutione ulla, neq; juris auctorũ qvæſtionib9 decidi poteſt,ſicut *Divus Pius* Tullio Balbo reſcripſit.

63. Sciendum namq; eſt,non omne, qvod differendi cauſa optima ratione fit, moræ annumerandum eſſe. Qvid enim, ſi amicos adhibendos debitor reqvirat,vel expediendi debiti,vel fidejuſſoribus rogandis? vel ſi qva juſta exceptio allegetur? mora facta non videtur, *l.21, l.22. l.23. ff. de uſur.*

64. Si qvis ſolutioni qvidem moram fecit, judicium autem accipere paratus eſt, non videtur feciſſe moram; utiqve ſi juſtè ad judicium provocavit, *l.24.l.47.ff. eod. l.63.ff. de R.J.*

65. Apud judicem igitur examinabitur, an mora facta videatur, ſi interpellatus oportuno loco non ſolverit. Sed an una interpellatio ad moram ſatis ſit, non convenit Interpp. inter ipſos. Cōmunis Dd. Schola unam ſufficere putat: Ea hanc opinionem *Menoch. lib. 2. c. 220. n. 29. de arb. ind.* non modo crebriorem,ſed & veriorem dicit. Seceſſionem ab hac fecerunt *Coraſ. 2. miſc. 5. Ferret. in tr. de mora, n.21.*

Communi ego in herendum duco.

66. Hanc interpellationem teſtatò fieri oportere exiſtimant *Cujac. Gothofr. & Anton. Fab.* unde illis interpellatio eſt monitio, qvæ fit teſtatò ſolvendi & recipiendi debiti gratia, *Gothofr. in l.32. ff. de uſur.* Adſenſum illis dare non poſſum; utilius tamen & conſultius eſſe interpellationem ita fieri, non ibo inficias.

67. Moram hîc qværimus, non qvæ nomine tantùm, qvàm etiam pupillus facere dicitur, *l. 127. ff. de verb. oblig.* ſed qvæ verè ac propriè talis ſit: Hujus an aliqva ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione haberi debeat, ſi ad Bart. Bald. alioſq; qvorum priore ſeculo maxima fuit authoritas, ſciſcitatum eas, hoc reſponſum feres. Semper ex eo, qvo committitur mora, tempore æſtimationem rei petitæ metiendam eſſe.

68. Hanc ſententiam qvaſi per manus traditam, avidè etiam recentiores pleriq; amplexi mordicus adhuc tuentur, ut non imeritò communis haberi & poſſit & debeat. *Bologn. in d.l. vinum, n. 12. ff. de reb. cred. Cujac. in d.l.59. & ad Africa. tr.8. in explic. d. l. 37. ff. mand. Bar. in manual.*

69. Neqve ſunt de nihilo, qvibus moventur argumentis. Solent namq;

Digitized by Google

78. Qvid dicemus? An affirmabimus cum communi Dd, Schola? An negabimus cum Donell. An verò opinionem ſeqvemur diſtingventium? Sanè dubio mentis judicio fluctuor, nec cui parti accedam, ſatis perſpicio; Sed dum modò huc, modo illuc animus inclinat, commodum venit in mentem proverbii:

--- *Medio tutiſſimus ibis.*

79. Illud enim jus de ineunda rei debitæ æſtimatione à prudentibus conſtitutum, magis ex obligatione, qvam ex mora pendere videtur. *Anton. Fab. d. lo.* Cui conſeqvens eſt, non protinus ejus temporis, qvo mora contracta eſt, æſtimationem fieri, niſi qvantum juris ratio patitur, & natura judicii, qvod exercetur, *vide theſ. 99. & 100.*

80. Dicere reſtat de altero partitionis noſtræ membro, ſi res debita in judicio petatur, cujus temporis æſtimatio fieri debeat. E qvoniam litis conteſtatio eſt initium & exordium judicii, de ea haud immeritò primo loco agendum erit.

81. De hoc tempore veteres prudentes ita cenſuerunt: ſi non dictũ ſit, qva die res reddi debeat, tanti eam æſtimandam, qvanti tunc eſt, cum judicium accipitur. Hæc regula traditur *in d. l. 22. ff. de reb. cred.* repetitur *in d. l. ult. ff. de condict. trit. d. l. 37. ff. mand. l. 3 ff. commod.*

82. Idem proband. Interpp. omnes, ita tamen, ſi nulla mora conteſtationem præceſſerit; qvo caſu ad moræ tempus, ſicut dixi, æſtimationem referunt. Ratio hujus juris ipſorum judicio ex eo arceſſenda eſt, qvod fieri vix poteſt, ut debitor, qvi nondum in mora fuit, non eo tempore, qvo lis conteſtatur moram contrahat. *Dd. ordinariè in d. l. 22. ff. de reb. cred. d. l. ult. d. l. 3. And. Khol. exerc. 14. n. 1.*

83. Non diſtingvendum hoc loco eſt, bonæ fidei contractus ſit, an ſtricti juris. Si enim in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ ſpectari convenit, cur non in bonæ fidei judiciis idem faciemus, qvæ pleniſſimas præſtationes inducunt, & ne aliter poſito jure accidat, ut debitoris ob id melior ſit conditio, qvod bonæ fidei judicio ex mora conveniatur?

84. Non tantùm, ſi coram judice, ſed etiam, ſi coram arbitio litis fiat conteſtatio regulæ noſtræ locus erit, *arg. l. 1. ff. de recept. arb. And. Khol. exerc. 14. n. 11.* Imò qvamvis lis verè non conteſtetur, ſed in contumaciam rei pro conteſtata habeatur, ut fit hodie actore id poſtulante, ſecundum *Ordin. Cam. part. 3. tit. 45. §. Wo aber! And. Gail. 1. obſ. 59. n. 7.*

85. Qvod ſi litis conteſtatio ſit nullius momenti, æſtimationem ta-

Digitized by Google

men rei debitæ ex eo tempore metiuntur, *Dec. in d. l. vinum, n. 14. Alciat. n. 51. Bologn. n. 46. ff. de reb. cred. And. Khol. d. exerc. 14. n. 10.* Qvibus aſſentiri non poſſum.

86. Qvia rationem hujus juris ita conſtituti in mora ponunt Dd. ideò negant ſpectare litis conteſtatæ tempus, ſi reus juſtam litigandi cauſam habeat, *Gl. in l. 15. in fin. & ibid. Dd. ff. de rei vind. Bart. in l. 3. §. in hoc. ff. commod. Caſt. in l. qui ſolidum, n. 2. ff. de leg. 2. Gravett. conſ. 18. n. 2. & 4. & conſ. 244. n. 16. Donell. in d. l. pen. n. 35. verſ. idem de eo & n. 26. ff. de condict. tritic.*

87. Si qvid tamen præſidii eſt in hoc argumento, cur non eodem modo negant etiam fieri æſtimationem ejus temporis, qvod in obligatione poſitum eſt? Nam neqve eo tempore mora contrahitur. Nulla enim mora ibi intelligitur fieri, ubi nulla petitio eſt, *l. 88. ff. de R. J.*

88. Ex his colligo nunqvam ex die oblati libelli rei debitæ æſtimationem ineundam eſſe, cum ne qvidem in mora per libelli oblationem debitor conſtituatur. Ita ſentit *Bart. in l. denunciaſſe, §. quid ergo, ff. ad l. Jul. de adult. Caſtrenſ. in l. ſi ex legati, n. 3. ff. d. V. O. Jaſ. in d. l. vinum, n. 15. Alciat. n. 51.* communem dicens, *ff. de reb. cred. Obrecht. in tr. de concip. & formand. libell. c. 18. n. 12. & 22.*

89. Neq; *Dec. in d. l. vinum, n. 24.* unqvam aliud hac ſua ratione mihi perſuadebit: Interpellatio, inqvit, qvæ moram inducit, nihil aliud eſt, qvàm petitio, ut ſolvatur *l. 122. §. coheredes, ff. de verb. oblig.* Atqve in libello eſt petitio, *§. plus autem, § ſi minus, Inſt. de act.* Per libellum igitur inducitur interpellatio.

90. Ut in ſtricti juris judiciis tempus litis conteſtatæ: ita in bonæ fidei judiciis ſpectamus tempus rei judicandæ. Ita namq; *Ulp. in d. l. 3. §. 2. ff. commod. In hac actione, inqvit, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis ſimiliter in litem iurabitur: & rei iudicandæ tempus, quanti res ſit obſervatur, quamvis in ſtrictis litis conteſtatæ tempus ſpectetur.*

91. Rei judicandæ tempus aliud eſt, à tempore rei jam judicatæ, ut conſtat ex illis verbis *Gaii in d. l. pen. tanti litem æſtimandam.* Qvandiu enim res judicata non eſt, tanti lis æſtimatur, qvantum deducitur in condemnationem. Et apertius ex *Julian. in p. l. vinum*, ubi qvæſtio ſic concepta eſt. *Quæſitum eſt, cuius temporis fieret æſtimatio, utrum cum datum eſſet, an cum litem conteſtatus fuiſſet, an cum res iudicaretur.*

92. Non dixit *cum res iudicata fuiſſet*, ſed *cum iudicaretur*, ut cognoſceremus pertinere illa verba, non ad rei judicatæ, ſed rei judicandæ

tempus.

tempus. Qvod ipſum dilucidiùs oſtendunt illa *Ulpian.* verba *in d. l.3. & rei judicandæ tempus, quanti res ſit, obſervatur, &c.* Opponit enim tempus litis conteſtatæ tempori rei judicandæ, non rei judicatæ.

93. Non ſubſiſtendum eſt in hoc rei judicandæ tempore, ſi tempore moræ res pluris fuerit: ſed condemnationem fieri oportet, utro tempore res pluris fuerit, vel qvo mora fit, vel qvo lis in condemnationem deducitur, *l.3. §. 3. ff. de act. empt.*

94. Ait lex *utro tempore pluris fuit*, qvod ſic accipio, qvanti fuit hoc vel illo tempore, non qvomodo Dd. qvanti plurimi unqvam fuit ab uno tempore in aliud. Prior locutio intermedii temporis æſtimationē excludit poſterior includit, ut multum inter hanc & illam interſit.

95. Mora verò non auget obligationem nec facit, ut plus in ea ſit, qvàm ab initio fuit, neq; etiam poteſt, *l.21. §. 3. ff. de act. empt.* Sed movet duntaxat officium judicis, ut acceſſionibus augeat ex bona fide & æqvitate condemnationem, nimirum qvoties actionis natura tale judicis arbitrium & officium admittit.

96. Creſcit igitur æſtimatio, ſicut & cæteræ præſtationes, ſed ex bona fide, cum judicium tale eſt, ut bonæ fidei interpretationi locum faciat; qvale eſt judicium empti venditi. Idq; niſi fallor, adprimè congruit, *d. l.21. §.3.* ubi venditor ad eam mercis æſtimationem condemnatur, qvæ hodie poſt moram major eſt.

97. Non enim ex eo movetur *Paulus*, qvod præſens æſtimatio ſit in obligatione (ipſa enim merx eſt, qvæ ſicut vendita eſt, ita etiam in obligatione eſt, pretium verò duntaxat in præſtatione, ſed qvia ſi per venditorē mora non fuiſſet, haberet nunc emptor mercem; qvæ ſaltem hodie danda eſt, cum jam olim dari debuerit. Fit igitur hoc ex bona fide non ex jure obligationis. *Antonius Faber 16. Coniect. 6.*

98. Qvare cum in judiciis ſtrictis non adeò laxa poteſtas arbitriumqve judicii permittatur, ſed ad formulam à Prætore præſcriptam ita adſtrictus ſit, ut ne pedem ab ea recedere fas ipſi ſit. Rectè negatur in illis judiciis ad aliud tempus qvam litis conteſtatæ æſtimationem referri poſſe, *Dn. Hedeman. diſput. 21. theſ. 38. lit. b. Treutl. p. 1. diſp. 20. th. 13. lit. b.* Sive mora conteſtationem præceſſerit ſive ſecuta fuerit.

99. Qvomodo enim judex, cujus ut dixi, omnis poteſtas intra formulæ terminos concluditur, de alio cognoſcere & pronunciare poteſt, qvam qvod in judicium deductum eſt? Non verò æſtimatio, qvæ fuit

Digitized by Google

tempore moræ petitur, ſed illa ipſa res debita: qvæ etſi perempta eſt, perinde tamē petenda eſt, ac ſi adhuc extaret, *l.91.* § *ult. ff. de verb. oblig.* Talis igitur tantaq; præſtanda eſt, qvalis qvantaq; eſt cum petitur, *l. 2. ff. de uſur.*

100. Qvod Ulp. in *d.l.3. §.2. ff. de commod.* de bonæ fidei judiciis affirmat, in eo Dd. non acqvieſcunt, ſed ad ſtricti juris judicia etiam extendunt contra expreſſa legis verba. Ita plerunq; fit, ut ubi ſemel rectè deerratum eſt, in præceps facilè perveniatur. Pellexit eos in hanc ſententiam id, qvod *in d. l. pen. ff. de condict. trit.* ſcriptum eſt ſpectari in ea actione tempus condemnationis.

101. Negotiū fecit hæc lex multis præclaris ingeniis & etiamnū facit, aliis in hanc, aliis in illam, aliis in aliā partē inclinantibus. *Alciat. & Donel.* Dinſtinctione qvæſtionē dirimere ſtudent: Diſtingvunt autē inter genus & ſpeciem; ut genere debito æſtimatio fiat judicii accepti tempore: ſpecie verò debita æſtimatio ad condemnationis tempus referatur.

102. Hanc ſuam diſtinctionem ſtabiliunt *ex d.l.pen. & d.l.37. ff. mand.* Diverſitatis rationem eſſe cenſent, qvod merbium pretia facilius mutantur pro temporum & locorum varietate, ut poſſit eſſe alia æſtimatio litis conteſtatæ tempore, alia rei judicandæ: Cæterarum verò rerum pretia non ita ſunt mutationi expoſita, ut ideò fruſtra ante rem judicatam illarum æſtimatio ſpectetur.

103. Verumenimverò operam ludunt, qvotqvot ad hanc diſtinctionem confugiunt: ut cætera taceam, vel ſola *l. 23. ff. de novat.* erroneam hanc diſtinctionem ſatis refellit. Fundo ibi petito, præſens æſtimatio ſcilicet, qvæ eſt, cum fundus petitur, hoc eſt, lis conteſtatur, rectè conſideratur. Qvis autem fundum genus, non ſpeciem dixerit?

104. Ratio qvoq; ab illis allata nihil ponderis habet. Mutantur ſanè merciū pretia, & faciliùs & ſæpiùs, ſed tamen mutantur, & pretia ſpecierū, *l. pretia, 63. ff. ad l. Falcid.* Neq; verò poteſt qvæſtioni locus eſſe, cujus temporis habēda ſit ratio, niſi cum alia atq; alia fuerit ſpeciei æſtimatio.

105. Alii, *ut Zaſ. Caſt. Jaſ. & ipſe Bart.* diſtingvunt inter terminum *ex qvo*, & terminum *ad qvem.* Cujus diſtinctionis hæc ſumma eſt, *d.l. vinum, 22. & d.l ult. ff. de cond. trit.* intueri terminum, ex qvo incipere debeat rei petitæ æſtimatio. At *d.l.pen.* agere de termino ad qvem, ſcilicet, qvousq; æſtimationis rationem haberi oporteat.

106. Neqve hæc diſtinctio difficultatem tollit. I. Ideò, qvod in *d. l. vinum*

vinum, cæteriſq; ſimilibus locis litis conteſtatæ tempus preciſè inſpiciendum proponitur, qvoad rei petitæ æſtimationem, non etiam qvod inter illud, & condemnationem intermedium eſt. II. ideò, qvia in *d.l.pen.* non dicitur, æſtimationem fieri usq; ad condemnationem, ſed ex ipſo condemnationis tempore æſtimationem conſtituendam eſſe.

107. Nihilo faciliùs rem expediunt, qvi ex inſcriptione *d.l.pen.* conjecturâ faciunt, Ulp. ibi docere, qvomodo ex ſtricti juris actionibus arbitrariæ fiant; & qvid in condictione triticaria, ſi ex adjectione loci fiat arbitraria actio, obtinere debeat, nempe, ut tum in ea, non tantum tempus litis conteſtatæ, ſed etiam interitus & condemnationis attendatur.

108. Sed de hac conjectura melius fortaſſis judicare poſſemus, ſi veterum JCtorū ſcripta integra non mutilata ad nos veniſſent. Nunc autem de verbis hujus fragmenti qværitur, extra qvæ alii divinabunt, qvi volent. Qvare cum ex verbis nihil eorum, qvæ ab iis differuntur, probari poſſit, meritò hanc explicationem tanqvam divinatoriam rejicimus.

109. Illud omnium improbabiliſſimum eſt, qvod qvidam intellexerunt textum *d.l.pen.* non de æſtimatione ipſius rei, ſed de æſtimatione acceſſionum & ejus, qvod intereſt. Nihil enim apertius, qvàm qvod Bart. qvoq; & cæteri omnes fatentur, tractari eo loco de æſtimatione rei non de fructibus. Qvid eſt vim legi facere, ſi hoc non eſt?

110. Sententia autem *d. l. pen* illa magis communiter eſſe creditur, ut ſi qværatur in condictione triticaria res petita, cujus temporis æſtimationem recipiat, in ineunda æſtimatione ſpectetur tempus condemnationis, ſi res extet, nullaq; mora præceſſerit; ſin ante ſententiam res extare deſierit tempus mortis, latius tamen ſumptum ἐν πλάτει, ut Ulp. ait, ne alioqvin pretiū ſervi fortaſſis mortiferè vulnerati ad exiguam ſummam deducatur. Si deniq; mora præceſſerit tempus moræ inſpiciatur.

111. Verùm hac interpretatione admiſſa, nulla differentia relinqvetur inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris, qvæ tamē ponitur apertè *in d.l.3.§.2.ff. commod. d. l. 37. ff. mand. l.3. §. ult. ff. de act. empt. junct. d.l. Vinum, ff. de reb. cred.* Ipſa etiam Gl. *in d.l.pen.* eam refutat exiſtimans, ſi nulla mora præceſſiſſet debitorem ſpeciei interitu liberatum fuiſſe.

112. Neqve tantum Ulp. *in d. l. pen.* à *Gajo*, qvi *in d.l. ult. ff. de cond. trit.* ſcribit, in pura obligatione fieri æſtimationem ejus temporis, qvo agitur & cæteris, ſed etiam à ſeipſo diſſenſiſſe videbitur.

113. Qvid igitur dicemus? Fateor me vix ſcire qvid ſentiam, vel cui adſentiam, ut me ex tot difficultatibus evolvere poſſim: Sanè Interpp. pleriq; his ſuis conciliationibus, adeò eas non abſtulerunt nobis, ut auxerint.

114. Anton. Fab. exiſtimat, non fuiſſe eam Ulp. ſententiam in *d. l. pen.* quæ vulgò creditur, ſed aliud qviddam Ulp. animo agitaſſe, qvod à nullo interprete hucusq; perceptum ſit. Age igitur videamus novam Fabri interpretationem.

115. Sic autem ſcribit Ulp. *in d. l. pen.* cum condemnationis tempus ſpectandum ait, non de re judicanda ſentire, ſed de re jam judicata: nec de illo qværere, cujus temporis rationem judex habere debeat, cum debitor, qvi rem ipſam præſtare non poteſt, condemnandus eſt ad ejus æſtimationem: Sed hoc potius, cujus temporis æſtimationem pro re dare debeat is, qvi ad rem ipſam dandam condemnatus eſt, ſi qvid fortè poſt condemnationem acciderit, qvò minus res ipſa amplius dari poſſit.

116. Ita enim qvamvis condemnationem fieri oporteat, ut ſi res ipſa petita præſtari non poſſit, æſtimatio ejus in condemnationem deducatur, de hoc caſu loqvitur *d. l. 3. ff. commod. d. l. Vinum, 22. ff. de reb. cred.* Sin verò res ipſa in ea cauſa ſit, ut dari poſſit, ſtultus erit judex, ſi non rem ipſam etiam in condemnationem deduxerit, *l. ult. C. de fideic. libert.*

117. Hactenus qvidem Ulpian. differentiam agnoſcit inter bonæ fidei & ſtricti juris judicia, qvandiu res judicanda eſt, hoc eſt, qvoties æſtimatio in condemnationem deducenda eſt. Sed re jam judicata nulla prorſus differentia eſt, ſed in omnibus indiſtinctè ſpectamus tempus condemnationis.

118. Qvod autem condemnationis irrogatæ, non irrogandæ tempus hic accipi debeat, conſtat I. ex eo, qvod in dubio *condemnationem* ſimpliciter cum dicimus, de irrogata magis, qvam irroganda, intelligere debemus. Qvia condemnationis verbum ad eum pertinet, qvi jam condemnatus eſt, & qvidem ritè. *l. 4. §. 6. ff. de re jud.* Qva, obſecro, ratione fieri poteſt, ut qvod condemnationem præcedit, condemnationis tempus dicatur?

119. II. Qvod qvandiu judicatum nondum eſt accidere poteſt, ut reus abſolvatur æqvè ac ut condemnetur, puta ſi actor deficiat in juris ſui probationibus. Nec tamen eò minus res judicanda eſt, qvod reus ſit abſolvendus. Plura forſan argumenta ipſa dabit collatio.

120. Condemnationis igitur irrogatæ tempus conſiderandum eſt; ſi poſt rem judicatam, res adjudicata præſtari non poſſit, vel qvia aliena eſt, vel qvia à creditore, cui pignori data eſt, fuit avocata. His enim duobus modis efficitur, ut res etiamſi extet, dari tamen non poſſit.

121. Sin verò ideò ſolvi non poſſit, qvia interiit ad tempus mortis ἐν πλάτει acceptum deducitur æſtimatio. Circa tempus interitus duo notanda occurrunt: Unum qvot modis res interire dicatur: Alterum, an & qvatenus rei interitu debitor liberetur. Prodeſt hoc ideò ſcire, ut intelligamus, qvando tempus mortis ſpectari oporteat. Nam ſi interitu rei liberatio contingit, nihil attinet de æſtimatione qværere.

122. Liceat mihi interitum dividere in naturalem & civilem. Naturalem hîc accipi volo, cum ſecundum naturam res in rebus humanis eſſe deſiit: ut cum *animal* promiſſum occiſum eſt; *ædes* incendio conſumptæ; fundus à mari occupatus.

123. Idem dicendum eſt, ſi res in aliud corpus ſit translata: veluti ſi ex ſcy-

phe

Digitized by Google

pho maſſa facta ſit, ex vino & melle mulſum. Nam mutata forma propè perimit rei ſubſtantiam, *l.9.§.3.ff. ad exhib.*

124. Item, ſi navis ea mente reſoluta eſt, ut in aliũ uſum tabulæ deſtinarentur: licet mutato conſilio, eisdem tabulis nulla præterea adjecta reſtaurata ſit, tamen & perempta prior navis eſt, & hæc alia dicenda eſt, *l. 83. §. 5. ff. de Verbor. oblig.* Res enim ſemel extincta in perpetuum eadem *numero* reſtitui non poteſt.

125. Quid? Si res per partes mutetur, puta, ſi navis per partes reficiatur, ut tandem priore materia abolita, omnis nova facta ſit, an nunc eandem navem numero etiamnum eſſe credemus? Si cui ad Philoſophos ire placet, reperiet non unam eſſe omnium ſententiam. Multi negant moti authoritate Ariſtotelis, qvà unum dicit, cujus materia una eſt.

126. Hos ego cum res ſuas ſibi habere juſſerim, dicam ingenuè, qvod & religio juris, & veterum prudentum me dicere cogit authoritas, ſcil. manere eandem rem, nec fieri aliam.

127. Alfenus namque non ſolùm hoc in judicio contingere, qvò pertinet ab ipſo ſuſcepta tractatio, ut commutatis partibus idem judicium manere intelligamus; ſed & in multis aliis rebus ita evenire tradit *in l. 76. ff. de judic.*

128. Nam & *legionem* eandem haberi ait, ex qva multi deceſſiſſent, qvorum in locum alii ſubjecti eſſent: & *populum* eundem hoc tempore putari, qvi abhinc centum annis fuiſſet, cum ex illis nemo nunc viveret: itemqve *navem*, ſi adeò ſæpè refecta eſſet, ut nulla tabula eadem permaneret, qvæ non nova eſſet, nihilominus eandem navem eſſe exiſtimari.

129. *Alfeno* ſubſcribit *Ulp. in l. 10. §. 1. §. 7. ff. qvib. mod. uſusfr. amit.* *Paul. in d. l. 83. §. 5. ff. de Verb. oblig.* Idem *Paul. in l. 98. §. ult. ff. de ſolut.* Atqve hæc ſententia non adeò, opinor, abhorret à principiis etiam Philoſophicis, ut teſtantur haud obſcuri nominis viri.

130. Civilem interim voco, cum res, qvæ extat in rerum natura deſiit eſſe in hominũ commercio, ut jam jure civili non magis dari poſſit, qvàm ſi omninò non extaret, ut ſi *fundus* promiſſus factus ſit ſacer aut religioſus; *ſervus* liber.

131. Adeò autem extingvitur harum rerum obligatio, ut etiam ſi rurſus lege aliqva, & res ſacra profana eſſe cœperit, & ex libero ſervus effectus ſit obligatio non reſtituatur, *d. l. 83. §. 5. ff. de V. O.* Qvia & ſervus effectus jam alius ſervus videatur, qvàm ante fuit, *d. l. 98. §. ult. ff. de ſolut.*

132. Sic poſito rei debitæ interitu, liberatio qvomodo interitũ ſeqvatur, videndũ eſt. Qværimus autem talem liberatione͂, ut debitor non liberetur ſolũ ab ea re qvæ periit, ſed ita liberetur, ut ne æſtimationis nomine ulla ſuperſit actio.

133. De interitu rei it ad liberationem jus eſt, ut debitor, niſi qvod factũ ejus privatum impediat interitu rei debitæ ipſo jure liberetur, & ignorante ipſo, & invito creditore, *l. 23. ff. de Verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred.* Ut autem factum privatum liberationi obſtet trium cauſarum, accidit ex aliqva.

134. I. Factum debitoris moratur liberationem. Qvoties enim facto debitoris res interiit, aut aliter dari deſiit, qvàm ſi res adhuc extaret, *§. 2. Verſ. item contra, Inſtit. de inutil. ſtipul.* Et huc pertinet, qvod veteres conſtituerunt, qvoniam culpa intervenit debitoris perpetuari obligatione͂, *d. l. 91. §. 3. ff. de Verb. oblig.*

135. Cu-

Digitized by Google

135. Culpam hîc intelligimus, qvæ eſt in faciendo tantùm, non etiam, qvæ in omittendo, ut ſi qvis ſervum ægrotum negligas, & propterea is mortuus ſit. Qvi enim dari promiſit ad dandum, non faciendum tenetur, *d. l. 91. ff. eod.* Secus tamen eſt in bonæ fidei contractibus, *l. 31. §. 12. ff. de adili edict.*

136. II. Debitoris mora impedit liberationem: Nam & mora placet perpetuari obligationem, *d. l. 91. §. 3.* Id habet hanc ſententiam, ſi res debita poſt moram perierit, teneri eum nihilominus perinde ac ſi res extaret, adeò, ut res perempta etiam peti poſſit, qvamvis præſtari neqveat.

137. Qvod ſic accipiendum eſt, ut teneatur, etiamſi ſine dolo malo, ſine culpa & negligentia ejus perierit. Veluti ſi *fundus* pe rierit chaſmate; *animal* promiſſum demortuum ſit natura ſua, *l. 15. §. ult. ff. de rei vind. l. cum res, 47. §. ult. ff. de leg. 1.*

138. Huic contrarium eſſe videtur, qvod JCtus Gajus ex ſententia Sabini & Caſſii ſcribit *in l. 14. §. 1. ff. de poſit.* naturalem rei interitum ad actorem pertinere. Si qvid hic diſſidii eſt, facilè illud diſtinctione adhibita componetur. Adde etiam *l. 40. ff. de petit. her.*

139. III. Qvod ad obligationem perpetuandam culpa facit, & mora debitoris, id multò magis efficit conventio de caſu & periculo rei præſtando, *l. 1. C. commod. l. 1. C. depoſit.* Faciunt igitur hæc tria, qvò minus liberatio per interitū contingat. Extra hæc dicendum eſt, ſemper debitorem rei interitu liberari.

140. Eſtné verò ſemper tempus interitus ſpectandum, hoc eſt, ſive ante, ſive poſt litis conteſtationem, ſive poſt rem judicatam accidat? ita putant Dd. communiter, qvi pro regula tenendum ajunt, qvoties interitu rei liberatio non contingit, tanti rem æſtimandam eſſe, qvanti tempore interitus valuit. *Gl. in d. l. Vinum, ubi Bart. n. 3. Caſt. n. 3. Sal. n. 17. Alex. n. 15. Picus n. 24. Bologn. n. 7. 65. & 68. ff. de reb. cred*, qvod vereor ne pugnet cum *l. 6. §. fin. ff. de in lit. jur.*

141. Numerum claudat difficilis & ſummè controverſa qvæſtio, an poſt condemnationem æſtimatio rei petitæ creſcere poſſit? Affirmant Dd. qvam ſententiam *Iaſ. in d. l. Vinum.* communem & veram dicit *Bologn. n. 66. & 67.* dicit hoc Dd. communiter ſeqvi. Negat *Anton. Fab. 16. conject. 5.* Pro Fabri ſententia ita hanc Diſputationem concludam.

Aut æſtimatio deducitur in condemnationem, aut res ipſa: Si æſtimatio, mora nunqvam facere poteſt, ut qvi decem dare damnatus eſt, poſt moram debeat qvindecim. Non enim ſicut res debita, ita & rei æſtimatio, aliam atqve aliam æſtimationem recipere poteſt. Sin res ipſa, ea omninò præſtanda eſt, nec poteſt qvæſtioni locus eſſe, cujus temporis habenda ſit ratio in ineunda rei adjudicatæ æſtimatione.

Qvod ſi tamen per rei ipſius conditionem & qvalitatem fiat, ut poſt condemnationem dari non poſſit, ex præſcripto *d. l. pen. ff. de condict. trit.* æſtimatio ineatur. Qvare fieri nullo modo poteſt, ut propter moram poſt condemnationem rei æſtimatio creſcat.

FINIS.

Digitized by Google

Cav. G. DI GIACOMO